Zur Frage nach der rechtsgeschichtlichen Entwicklung der modernen kaufmännischen Rügepflicht.

Deren Voraussetzungen nach geltendem Handelsrecht.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

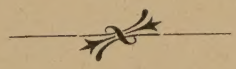
Erlangung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen

Doctorwürde

vorgelegt

von

Franz Bresgen,
Referendar aus Cues.



Bonn 1909
Buchdruckerei Seb. Foppen, Bonn a. Rhein.

Referent: Herr Prof. Dr. E. Mayer.

Meinem unvergeßlichen Vater
dankbaren Herzens zum Gedächtnis,
Meiner teuren Mutter in aufrichtiger
Anhänglichkeit gewidmet!

Literaturverzeichnis.

Adler-Clemens: Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuch. Bd. 9.

v. Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht. Bd. I. 1882.

Anschütz-Völlerndorff: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. III. 1874.

Archiv für Deutsches Wechselrecht und Handelsrecht Bd. 8.

Assmann: Die unbestellten Zusendungen. Beitrag zur Erläuterung des neuen Bürgerlichen und Handelsrechts. 1901.

Birkmeyer: Encyklopädie der Rechtswissenschaften. 1901.

Blätter für Rechtspflege.

Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.

Borchardt: Die geltenden Handelsgesetze des Erdballs. 1883 - 1893.

Brinckmann: Lehrbuch des Handelsrechts. 1853 - 1860.

v. Buchka: Vergleichende Darstellung des B. G. B. für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts. 1899.

Busch: Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts.

Centralorgan für das Deutsche Handels- und Wechselrecht. (Löhr).

Code civil, Le 1804-1904. Livre du centenaire. 1904.

Code de commerce, par Raoul de la Grasserie. 1894.

Code Napoléon mit Zusätzen und Handelsgesetzen als Landrecht für des Grossherzogtum Baden. Mit Grossherzoglich Badischem gnädigsten Privilegio. 1809.

Codex Maximilianeus Bavaricus civilis. 1756.

Conze: Der Kauf nach hanseatischen Quellen. Dissertation Bonn. 1889.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I. 1903.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 1900.

Crome: System des Deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1902.

Danzer: Das Bayerische Landrecht (Codex Maximilianeus Bavaricus civilis) vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung .1894.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1896.

Dernburg: Pandekten Bd .II. 1903.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. Bd. II. 1901.

Dernburg: Lehrbuch des Preussischen Privatrechts. Bd. II. 1897.

Deutsche Juristen- Zeitung, herausgegeben von Laband, Stenglein und Staub.

Digesta ed. Mommsen.

Dove-Apt: Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. 1899-1901. 1902.

Düringer- Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. III. 1905.

Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. (Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. 43.)

Eck: Beiträge zur Lehre von den ädilicischen Klagen. (In der Festgabe für Georg Beseler.) 1885.

Eichler: Sonderbestimmungen bei der Gewährleistung für Mängel der Kaufsache nach dem neuen Handelsgesetzbuch. Dissertation Leipzig 1903.

Emmerich: Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. (Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess des Deutschen Reiches. Bd. IV. Heft 2. 1900).

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1903.

Endemann: Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.

Endemann: Handbuch des Deutschen Handels- See- und Wechselrechts. 1882.

Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten, nebst Motiven. 1857.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst Denkschrift. 1896.

Fischer: Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess des Deutschen Reiches.

Foerster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Preussischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen Rechts. Bd. I. 1880.

Gareis: Das Stellen zur Disposition nach modernem deutschem Handelsrecht. 1870.

Gareis: Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Mit erläuterten Anmerkungen. 1900.

Gareis: Das deutsche Handelsrecht. Ein kurzgefasstes Lehrbuch. 1891.

Gareis-Fuchsberger: Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. 1891.

Gierke: Deutsches Privatrecht. I. II. 1895. 1905.

Goldmann: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Bd. III. 1906.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I. 1903.

Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. Bd. I. 1875.

Goldschmidt: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Citiert: G. Z.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Hachenburg: Das Badische Landrecht. 1887. 1896.

v. Hahn: Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. II. 1875.

Haidlen: Das bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I. 1897.

Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. 1883-1884.

Hanseatische Gerichtszeitung, Hauptblatt, Handelsrechtliche Fälle. Hamburg.

Hansisches Urkundenbuch, bearbeitet von ConstantinHöhlbaum. 1876.

Heise-Cropp: Juristische Abhandlungen Bd. I.: Gewährleistung für Mängel der verkauften Sache nach germanischen Rechten. 1827. Citiert: Cropp.

Hentschel: Die Mängelrüge nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Dissertation Greifswald 1899.

Hoffmann: Die Rechtsfolgen mangelhafter Beschaffenheit der Ware beim Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache nach Handelsrecht. Dissertation. Leipzig 1904.

Holdheim: Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. Bd. IX.

Jahrbuch des Deutschen Rechts von Dr. H. Neumann. 1904.
Juristische Wochenschrift. Organ des Deutschen Anwaltsvereins. Herausgegeben von Dr. H. Neumann. Citiert: J. W.
Kah: Das Badische Landrecht. 1860.
Kretschmann: Ueber die Mängelanzeige und das Stellen zur Disposition im Handelsverkehr. Dissertation Rostock 1906.
Krüger: Die Besonderheiten der Gewährleistung für Sachmängel beim Handelskauf. Dissertation Leipzig 1904.
Krüll: Handbuch des königlich bayerischen gemeinen Rechts. Bd. I. 1807.
Kreittmayr,: Frhr. von, Anmerkungen über den codicem Maximilianeum Bavaricum civilem. Teil IV. 1765.
Leges Baiuvariorum: ed. Mederer.
Lehmann: Die Entwicklung des Deutschen Handelsrechts. (Goldschmidt, Zeitschrift Bd. 16.)
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. II. 1901.
v. der Leyen: Der Begriff der Ablieferung im Handelsrechte, insbesondere unter Berücksichtigung der Artikel 347 bis 349 des Handelsgesetzbuchs. (Goldschmidt, Zeitschrift Bd. 16.)
Lürmann: Ueber die stillschweigende Billigung der gekauften Ware, insbesondere durch stillschweigendes Behalten einer nach Abschluss des Handels empfangenen Probe der gekauften Ware. 1860. (Neues Archiv für Handelsrecht Bd. II.)
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 1902. 1904.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. II. 1888.

Neues Archiv für Handelsrecht.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. I. 1900.

Neumann: Geschichte des Wuchers in Deutschland. 1865.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. (Heymanns Kommentar zum Bürgerlichen Recht.) 1899.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. II. 1900.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches. 1857. 1858.

Puchelt: Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. II. 1885.

Recht, Das: Rundschau für den Deutschen Juristenstand. Citiert: Recht.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Citiert: O.L.G.

Riezler: Der Werkvertrag. 1900. (Fischers Abhandlungen Bd. 4. Heft 4.)

R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

R.O.H.G. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Römer: Beiträge zur Lehre von der Erfüllung der Obligation nach gemeinem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Beweislast. (Goldschmidt, Zeitschrift Bd. 23.)

Rüdiger: Die ältesten Hamburger Zunftrollen und Brüderschaftsstatuten.

Ruef: Code Napoléon. Badisches Landrecht. 1867.

Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess.

Sammlung wichtiger Entscheidungen des Kgl. bayerischen Handelsappellationsgerichts. 1868 - 1871.

Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Handels- und Wechselrechts. 1872 - 1879.

Scheer: Die Besonderheiten der Gewährleistung für Sachmängel beim Handelskauf. Dissertation Rostock. 1904.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1897.

Siebenhaar: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. 1865.

Stabel: Institutionen des französischen Civilrechts.(Code Napoléon.) 1871.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. II.1900.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. 1906.

Steinbrüchel: Ueber Dispositionsstellung unbestellter Ware. (Busch, Archiv Bd. 1.)

Stobbe: Handbuch des Deutschen Privatrechts. Bde. I. und III. 1893. 1898.

Stübel: Die Mängelanzeige im Handelsverkehr. 1900. (Sächsisches Archiv. Bd. 10.)

Striethorst: Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Königlichen Obertribunals.

Seuffert: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Thilo: Das französische Civilgesetzbuch und Handelsrecht für das Grossherzogtum Baden .1839.

Thöl: Handelsrecht. Bd. I. 1854 und 1897.

Treitschke: Der Kaufkontrakt in besonderer Beziehung auf den Warenhandel. 1865.

Troplong:, De la vente ou commentaire du titre VI. du livre III. du C. c. 1835. Bd. II.

Urkundenbuch der Stadt Lübeck. Herausgegeben von dem Verein für Lübeckische Geschichte und Altertumskunde. 1873.

Warneyer: Jahrbuch der Entscheidungen aus dem Gebiete des Civil-, Handels- und Prozessrechts, seit 1900.

Windscheid: Lehrbuch des Pandekten Rechtes. Bd. II. 1906.

Zachariae, C.S. v. Lingenthal: Handbuch des Französischen Civilrechts. Herausgegeben von Puchelt. Bd. II. 1875.

B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.
H.G.B. = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
A.D.H.G.B. = Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.

Inhaltsangabe.

A. Einleitung:

Seite

§ 1. Begriff der Rügepflicht nach modernem Handelsrecht. Wesen derselben und Veranlassung zu ihrer gesetzlichen Einführung . . . . . 15 bis 19

B. Erster Teil:

Ursprung und rechtsgeschichtliche Entwicklung einer Rügepflicht des Käufers im Falle mangelhafter Sachlieferung des Verkäufers, betrachtet unter gleichzeitiger Darstellung der daraus entspringenden Rechtsfolgen für den Käufer zunächst nach den bestehenden bürgerlichrechtlichen, sodann nach den rein handelsrechtlichen Vorschriften; und zwar im einzelnen unter Darlegung

§ 2. der fraglichen Normen des römischen und gemeinen Rechts, 20 bis 25

§ 3. der diesbezüglichen partikularrechtlichen Normen der mittelalterlichen Statuten von Hamburg und Lübeck, zusammenhängend mit der Erörterung der betreffenden germanischen Grundsätze, ... 25 bis 36

§ 4. der in Frage stehenden Bestimmungen des Bayerischen Landrechts (Codex Maximilianeus Bavaricus civilis) und des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten . . . . . sodann 36 bis 40

§ 5. des Code civil und des Badischen Landrechts, ... 41 bis 43

§ 6. des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, ... 44 bis 47

§ 7. des heute geltenden Bürgerlichen Gesetzbuches, ... 47 bis 53

§ 8. der durch die Handelsusance des

		Seite
	Mittelalters und das Institut des merkantilischen Empfangs geschaffenen diesbezüglichen Normen, .	53 bis 58
§ 9.	der eingreifenden Bestimmungen des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs.	58 bis 62
	C. Zweiter Teil:	
	Die Voraussetzungen zur Begründung und Ausschliessung einer Rügepflicht.	
§ 10.	Gesetzliches Verhältnis der Untersuchung zur Mängelanzeige . .	63 bis 67
§ 11.	Das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft muss ein Kauf-, Tausch-, Werklieferungsvertrag oder eine Einkaufskommission sein	67 bis 80
§ 12.	Der Kauf muss sich rechtlich als Handelskauf darstellen, also als einen Kauf über Waren oder Wertpapiere; er muss desweitern für beide Teile ein Handelsgeschäft sein	80 bis 96
§ 13.	Das Vertragsobjekt muss vollends abgeliefert sein. Ablieferungs-, Bestimmungs-, Erfüllungs- und Vertragsort	97 bis 112
§ 14.	Die Ware muss mit Mängeln behaftet sein	113 bis 117
§ 15.	Die Rechtsfolge des arglistigen Verschweigens der Mangelhaftigkeit seitens des Verkäufers mit Bezug auf die Frage nach dem Entstehen einer Rügepflicht . . .	117 bis 119
§ 16.	Wiederholende Zusammenfassung des gewonnenen Ergebnisses. . .	119
	D. Anhang:	
§ 17.	Wesen, Inhalt, Form und Zeit der Mängelrüge.	120 bis 126
§ 18.	Die rechtlichen Folgen der unterlassenen und der erstatteten Mängelanzeige.	127 bis 130.

Einleitung.

§ 1.

Unter kaufmännischer Untersuchungs- und Anzeigepflicht (Rügepflicht im weiteren Sinne), wie sie das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897[1]) beim Handelskauf unter der Voraussetzung eines zweiseitigen Handelsgeschäftes dem Käufer auferlegt, haben wir die Pflicht des Käufers zu verstehen, unverzüglich nach der Ablieferung der Ware diese auf etwaige vertrags-, gesetz- oder gewohnheitswidrige physiche[2]) Beschaffenheit zu untersuchen und dem Verkäufer beim Vorliegen eines Mangels unverzüglich nach der Entdeckung davon Anzeige zu erstatten.

Die Tatsache des Unterlassens einer rechtzeitigen und ordnungsgemässen Mängelanzeige hat den Rechtsnachteil für den Käufer, dass er mit einem Schadensersatzanspruch oder mit anderen rechtlichen Ansprüchen später nur gehört wird, wenn er beweisen kann, dass der zu rügende Mangel bei der nach der Ablieferung der Ware unverzüglich angestellten bezw. anzustellenden Untersuchung nicht erkennbar gewesen ist oder nicht erkennbar gewesen wäre.[3])

Denn der Käufer hat auch, selbst wenn er eine Untersuchung vorgenommen hat, für den Fall, dass später Mängel gerügt werden sollen, gegenüber einem Vorbringen des Verkäufers, es handele sich nicht um erst später

[1]) Vergl. § 377 Abs. 1. H. G. B.

[2]) Mängel im Recht scheiden aus; sie können zudem ja durch eine Untersuchung regelmässig nicht entdeckt werden.

[3]) Vergl. § 377 Abs. 2 H. G. B.

hervorgetretene, sondern vielmehr um bei einer rechtzeitigen Untersuchung schon erkennbare Mängel, den Beweis dahin zu erbringen, die gerügten Fehler der Sache seien bei der zeit- und ordnungsgemässen Untersuchung nicht zu erkennen gewesen.[4])

Lediglich in dem Falle, dass der Verkäufer seinerseits bei der Erfüllung des Vertrages arglistig gehandelt, also die vorhandene Fehlerhaftigkeit bewusst verschwiegen hat, in der Absicht ‚der Käufer werde die Mangelhaftigkeit nicht bemerken und so mit dem Ablauf der Frist zur Rüge genehmigen, sollen diese den Käufer verpflichtenden Regeln nicht Anwendung finden.[5])

Der Gesetzgeber hat mit der dargelegten Rechtsbestimmung eine Fiktion dahin aufgestellt, dass der Käufer, welcher die ihm auferlegte Anzeige der Mangelhaftigkeit der Ware unterlässt, letztere mit den ihr anhaftenden, zur Zeit der gesetzlichen Untersuchung erkennbaren Mängeln als rechtgemässe Erfüllung des Vertrages ansieht, also genehmigt, und somit auf alle ihm nach dieser Richtung wegen Kontraktwidrigkeit der Ware zustehenden Rechte verzichtet. Eine Fiktion haben wir deshalb anzunehmen, weil selbst in dem Falle, dass der Käufer erklärt, nicht „genehmigen" zu wollen, eine solche Erklärung ohne die erforderliche Substantiierung eine rechtliche Wirkung herbeizuführen nicht vermag[6]). Es besteht eine praesumtio iuris et de iure dahin, dass der Käufer, welcher die Anzeige unterlässt, im Sinne des Gesetzes genehmigt.

Dass diese Vorschrift eine der praktisch wichtigsten Bestimmungen unserer modernen Handelsgesetzgebung ist,

---

[4]) Dieser Beweis dürfte unter Umständen recht schwierig sein
[5]) Vgl. § 377, Abs. 5 H. G. B.
[6]) Vgl. auch Gareis, Stellen zur Disposition S. 162; Endemann H. G. B., II, S. 712.

liegt auf der Hand. Sie tritt im Handelsverkehr äusserst häufig in Geltung und schneidet oft in die Interessen der Beteiligten tief ein.

Das Motiv, welches den Gesetzgeber zur Schaffung der erwähnten Rechtsverpflichtung drängte, ist leicht zu erkennen.

Man ging von der Voraussetzung aus, dass bei der enormen Ausdehnung des Handels, seiner mit Riesenschritten noch immer weiterschreitenden Entwicklung Schwebezustände von längerer Dauer bei der Abwicklung von Handelsgeschäften nur ein Hemmnis in einer gedeihlichen Weiterentwicklung des Handels selbst und einer gesunden Ausnutzung der sich bietenden Handelsvorteile sein können. Zudem „folgt es aus der bona fides, welche gerade Kaufleute in Handelsgeschäften sich gegenseitig schulden, dass die Frage, ob eine Ware, welche den Gegenstand eines Kaufvertrags bildet, die gesetzlichen und vertragsmässigen Eigenschaften habe und als empfangbar vom Käufer anzuerkennen sei, nicht auf eine ganz unbestimmte Zeit hinaus überhaupt in der Schwebe bleiben könne und dürfe, dass vielmehr der Verkäufer, sobald als es den konkreten Umständen nach tunlich ist, Gewissheit darüber erhalten müsse, ob das Geschäft in Ordnung gegangen sei oder nicht."[7]) Würde nämlich der Käufer, welcher die gelieferte Ware als Erfüllung anzuerkennen nicht willens ist, zunächst die Mangelhaftigkeit nicht zu rügen brauchen und daher Stillschweigen bewahren, so würde bei dem gutgläubigen Verkäufer sich leicht die Annahme bilden können, die gelieferte Ware sei zu Gefallen des Käufers und daher von diesem gebilligt. Der Verkäufer würde so unter Umständen durch Neubestellung oder durch Bezahlung seines Lieferanten

[7]) Vgl. R. O. H. G. Bd. 9, S. 52 f.

diesem positiv zu erkennen geben, dass er mit der Lieferung einverstanden gewesen sei und sich so seines Regressanspruches begeben. Der Käufer aber könnte die wechselnden Konjunkturverhältnisse in ganz ungerechter Weise ausbeuten. Solange dieselben seiner Ware günstig sind, würde er über Mängel hinwegsehen können, während er bei schlechter Konjunktur Mängel zu rügen geneigt sein würde, die sonst nicht beanstandet worden wären.[8]) Darin aber wäre eine chikanöse Spekulation des Käufers auf Kosten des Verkäufers zu erblicken. Schliesslich würde auch durch eine lange Zeit hindurch in das freie Belieben des Käufers gestellte Mängelanzeige leicht eine Verdunkelung der tatsächlichen Verhältnisse herbeigeführt werden können. Notwendige Folge davon aber würde unvermeidlich sein, dass Unsicherheit und bald gegenseitiges Misstrauen in das Verhältnis zwischen Verkäufer einerseits und Käufer andererseits sich einschleichen würden, umsomehr auf einem Gebiete, wo der Unredlichkeit allzuleicht Tür und Tor offenstehen.

Es musste aus diesen Erwägungen heraus der Verkäufer durch Gesetzesvorschrift in den Stand gesetzt werden, „sofort zu ermessen, ob er die Ware zurückzunehmen hat, oder ob er die Rücknahme ablehnen kann, auch im ersteren Falle über die Ware anderweit zu disponieren, im letzteren Falle sich den Beweis zu sichern".[9])

Freilich soll andererseits nicht verkannt werden, dass unter Umständen die Rügevorschrift mit den an ihre Unterlassung geknüpften Rechtsfolgen hart und unbillig erscheinen kann. Das ist auch dem Gesetzgeber bewusst geworden.[10]) „Diese Möglichkeit ist indes nicht für so schwerwiegend zu erachten als die Vorteile, welche für

[8]) Vgl. dazu Dernburg, Privatrecht, Bd. II, S. 388.
[9]) R. O. H. G. Bd. 14, S. 67.
[10]) Vgl. Nürnberger Protokolle zum Entwurf eines Deutschen Handelsgesetzbuches, S. 661.

Handel und Verkehr von einer durchgreifenden Vorschrift der fraglichen Art zu erwarten waren".[11])

Wir sehen also, dass die Aufstellung des in Frage stehenden Rechtssatzes für den Handelsverkehr sich kraft innerer Notwendigkeit entwickeln musste. Zwecks Durchführung eines geregelten Rechtsverkehrs musste seine Bildung erfolgen. Zu dieser Erkenntnis ist man deshalb auch schon vor der Zeit der Schaffung unseres heute geltenden Handelsgesetzbuches gekommen. Bei dem stets steigenden Verkehr kam es nämlich schon verhältnismässig früh zur Entwicklung von teilweise gesetzlichen, grösstenteils aber gewohnheitsrechtlichen Normen, welche dem Verkäufer die Verpflichtung auferlegten, zwecks Vermeidung des Ausschlusses der durch das materielle Recht jeweils gegebenen Klagen, von der gesetz- oder vertragswidrigen Erfüllung eines Handelsgeschäftes dem Verkäufer alsbald Anzeige zu geben.

Unter Zusammenfassung der diesbezüglichen Normen können wir von einer Rügepflicht des Käufers im allerweitesten Sinne sprechen.

Damit soll aber nicht gesagt sein, dass darunter eine r e c h t l i c h e Pflicht zur Rüge zu verstehen sei. Vielmehr kann man nur, insoweit aber auch zu Recht, von einer Pflicht des Käufers sprechen, als dieser durch das Unterlassen der Mängelanzeige sich Rechtsnachteile zuzieht, welche als unmittelbare Folge der Unterlassung sich ergeben.

[11]) R. O. H. G. Bd. 15, S. 128.

Erster Teil.

Das neue Handelsgesetzbuch hat, wie erwähnt, mit der Aufnahme der Mängelrügepflicht des Käufers einen neuen Rechtsgedanken nicht geschaffen, sich bei Gestaltung der Gesetzesnorm vielmehr grössten Teils an früheres Recht angelehnt. Erst ganz allmählich hat sich aus geringen Anfängen die heutige Rechtsvorschrift zu ihrer Vollkommenheit entwickelt. Sie ist „das Produkt der im Laufe der Zeit geläuterten Entwicklung."[1])

Betrachten wir daher zunächst die Vorschriften früherer Rechte über die Haftbarkeit des Verkäufers bezw. die dem Käufer bei der Lieferung einer mangelhaften Kaufsache gegebenen Klagemittel und suchen dabei Ursprung und Entwicklung der heutigen Rügepflicht des Käufers in dem angegebenen Falle zu ergründen.

Wir haben dabei zu sondern diejenigen Rechte, welche sich schlechthin mit dem bürgerlichen Rechte befassen, von denen, welche speciell handelsrechtlicher Natur sind.

§ 2.

Das römische Recht hat eine „Rügepflicht" des Käufers bei der Lieferung einer mangelhaften Sache seitens des Verkäufers weder durch eine positive Gesetzesvorschrift noch durch Gewohnheitsrecht ausdrücklich festgelegt.

Aus seinen Rechtssätzen lassen sich vielmehr Betrachtungen lediglich dahin anstellen, dass wenigstens in der Entwicklung des späteren römischen Rechts, wenn auch nicht ausgesprochener Massen, so doch tatsächlich

[1]) Dernburg, Privatrecht, Bd. II, S. 375 Anm. 2.

Momente vorhanden sind, die auf eine „Rügepflicht" des Käufers im angegebenen Falle Schlüsse gestatten.

Zu diesem Ergebnis kommt man folgendermassen.

Das Wesen römischer Rechtsanschauung — das sei vorangestellt — bedingt Mangellosigkeit des Kaufobjektes zur Zeit des Vertragsschlusses.

Im alten römischen Recht ist nun die Haftung des Verkäufers beim Vorliegen eines Mangels der gelieferten Kaufsache durch die Vorschriften des alten Civilrechts geregelt. Dieses kennt eine Haftung nur für den Fall, dass der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, — wegen der bewusst vertragswidrigen Handlungsweise also —, oder dass er das Nichtvorhandensein eines Mangels versprochen hat, — wegen der Unwahrhaftigkeit seiner Aussage.

Lag eine dieser Voraussetzungen vor, so war die Haftbarkeit des Verkäufers ohne weiteres begründet. Es kam nicht weiter darauf an, dass der Käufer dem Verkäufer gegenüber überhaupt oder insbesondere innerhalb einer bestimmten Frist die Mangelhaftigkeit der gelieferten Kaufsache rügte. Dem Käufer stand ohne Rücksicht hierauf innerhalb der nach der Ablieferung der Kaufsache laufenden Verjährungsfrist von 30 Jahren ununterbrochen die actio empti zur Geltendmachung seines Interesses und zwar seines vollen Interesses zu, d.h. also auch zur Geltendmachung jeglichen Schadens, den die Kaufsache angerichtet hatte.[2]) Ob der Käufer etwa schon lange Zeit vor Anstrengung seiner Klage die Mangelhaftigkeit der gelieferten Kaufsache erkannt hatte oder hätte erkennen können ,war dabei ganz gleichgültig.

Diese Rechtsregeln des alten Civilrechts erfuhren in der späteren Entwicklung des römischen Rechts eine we-

[2]) Vgl. l. 13 pr. D. 19, 1.

sentliche Umgestaltung durch das Marktrecht der kurulischen Aedilen.

Der Grundsatz, dass den Verkäufer eine Haftung nur bei arglistigem Verschweigen oder bei der Zusicherung der Abwesenheit eines Mangels treffe, wurde nunmehr in das Gegenteil umgekehrt.

Man stellte als Grundsatz jetzt auf, dass der Verkäufer wegen der Mängel immer hafte, wenn er ihre Anwesenheit dem Käufer nicht besonders erklärt habe.[3]) Doch durften die Mängel nicht so offenkundig sein, dass sie dem Käufer bei Ablieferung der Kaufsache sofort in die Augen fallen mussten.[4])

Freilich hatte die von den Aedilen erlassene Rechtsvorschrift gemäss der Intention der Aedilen und entsprechend der Beschränkung ihrer gesetzgeberischen Tätigkeit auf das Marktrecht ursprünglich nur Geltung bei Sklaven- und Spannviehverkäufen. Durch die Rechtsprechung in der Kaiserzeit wurde sie jedoch infolge des fortschreitenden Verkehrs der Römer mit den handeltreibenden Nationen des Altertums auf alle anderen Arten körperlicher Sachen ausgedehnt[5]) und wurde so zu einer allgemein verbindlichen Gewohnheitsnorm obigen Inhalts.

Sollte der Verkäufer für die Mangelhaftigkeit der gelieferten Kaufsache also einstehen, so mussten Sachmängel vorliegen, d.h. Mängel, welche die Brauchbarkeit oder Verkäuflichkeit der Sache beeinträchtigten."[6]) Diese durften andererseits nicht auf den ersten Blick bei der Ablieferung der Sache erkennbar sein. Auch war es nicht

[3]) l. 1 § 1, l. 38 pr. D. 21, 1.

[4]) Das erfahren wir aus l. 14 § 10 D. 21, 1:
»ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit.«

[5]) Vgl. l. 1 pr, l. 48 § 6, l. 49, l. 53, D. 21, 1; l. 4 C. 4, 58.

[6]) Dernburg, Pandekten S. 277. Trotzdem l. 1 § 8 D. 21, 1 nur vom Mangel der Brauchbarkeit spricht, ist auch ein solcher beim Vorliegen der Beeinträchtigung der Handelbarkeit ein Sachmangel und daher hierher gehörig.

Erfordernis, dass der Verkäufer um das Vorliegen des Mangels wusste. Hatte der Verkäufer dem Käufer eine specielle Mangelhaftigkeit der Kaufsache aber erklärt und letzterer sich entweder ausdrücklich oder auch nur stillschweigend mit der Lieferung in dieser Hinsicht einverstanden erklärt, so war eine Haftung des Verkäufers nach dieser Richtung schlechthin ausgeschlossen.

Wir sehen: Wollte der Käufer in dem Falle des Verkaufs einer mit offensichtlichen Mängeln behafteten Sache seine Rechtslage nicht verschlechtern, so musste er bei der Ablieferung der Sache — und zwar spätestens in diesem Zeitpunkte — deren Annahme aus dem Grunde der offenbaren Mangelhaftigkeit verweigern. Mit anderen Worten, der Käufer musste einmal die Sache auf ihre Beschaffenheit, wenn auch nicht in weitgehendster Weise, untersuchen und sodann auf der Stelle den Mangel rügen. Daraus konnte er dann sein weiteres Recht, nämlich sofortige Verweigerung [illegible] ung des Kaufvertrages seinerseits herleiten. [illegible] d insoweit, aber auch nur insoweit, haben w [illegible] mit [illegible]ner „Rügepflicht" des Käufers zu tun.

War die Kaufsach [illegible] nicht mit offenkundigen, sondern mit heimlichen, d.h. solchen Mängeln behaftet, welche auch bei Anwendung gehöriger Sorgfalt zur Zeit der Ablieferung von dem Käufer nicht erkannt werden konnten, so gab die Praxis in der Kaiserzeit dem Käufer — ebenfalls in Ausdehnung des Ediktes der Aedilen — neben der beibehaltenen actio empti nach seiner Wahl eine Klage auf Herabsetzung des vereinbarten Kaufpreises im Verhältnis zu der Mangelhaftigkeit der Kaufsache (actio quanti minoris) und eine Klage auf Rückgängigmachung, d.h. Auflösung des Kaufvertrages und infolgedessen auf beiderseitige Rückgewährung der empfangenen Leistungen (actio redhibitoria.)[7])

[7]) l. 13 pr. D. 19, 1.

Diese Vorschriften fanden natürlich auch in dem Falle Anwendung, dass der Käufer durch etwaige Billigung der gelieferten Kaufsache sich mit der Lieferung einverstanden erklärt, aber nachträglich Mängel entdeckt hatte, die ihm nicht schuldhafter Weise verborgen geblieben waren. Auch war es gleichgültig, ob der Käufer die Kaufsache ohne Untersuchung angenommen, oder ob er nach entdecktem Mangel eine sofortige Anzeige unterlassen hatte. Ersteren Falles musste er beweisen, dass der Mangel nicht durch seine Schuld bei der Ablieferung unentdeckt geblieben war, letzteren Falles wurde seine Rechtsposition insofern ungünstiger, als die lässiger Weise verstrichene Zeit als Ablauf eines Teiles der Klageanstrengungszeit in Rücksicht zu ziehen war.

Die Geltendmachung der erwähnten Klagemittel (actio quanti minoris und redhibitoria)war nämlich nur innerhalb eines ganz beschränkten Zeitlaufes gestattet. Die Verjährungsfrist der actio quanti minoris betrug nur ein Jahr, diejenige der actio redhibitoria sogar nur sechs Monate.[8]) Diese Fristen sind tempus utile. Ihr Lauf begann also im Gegensatz grundsätzlich zur actio empti [9]) erst mit dem Zeitpunkte, in welchem der Käufer die Mängel entdeckte oder bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte entdecken müssen.[10]) Wollte der Käufer sich nun nicht der Gefahr aussetzen, nach Ablauf eines längeren Zeitabschnittes nach der Ablieferung der Kaufsache bei Anstrengung einer dieser Klagen von dem Verkäufer sich die Einrede bezw. den Beweis der Verjährung unter der Begründung gefallen lassen zu müssen, dass der Mangel schon in einem Zeitpunkte hätte entdeckt werden müssen, der längere Zeit zurückliege, als die gesamte Verjährungs-

[8]) l. 18 § 6 D. 21, 1.

[9]) Ausnahme: wenn die actio empti selbst wegen aedilitischer Ansprüche angestrengt wurde.

[10]) Das ist freilich nicht unbestritten.

frist betrage, so musste er die Sache einer alsbaldigen Untersuchung zwecks Prüfung auf ihre Beschaffenheit unterziehen. In diesem Sinne können wir hier von einer Untersuchungspflicht des Käufers sprechen, welcher demnächst die Rüge zu folgen hat. Sie ist aber ebenfalls nur als eine Pflicht des Käufers gegen sich selbst, d.h. eigenen Interesses zu konstruieren.

Diese Normen des entwickelteren römischen Rechts sind in das gemeine Recht fast unverändert übernommen worden.[11]) Letzteres ist in der Entwicklung einer „Rügepflicht" des Käufers selbst einen Schritt nicht weitergegangen.

Wir finden also auch in ihm eine strikte rechtliche Pflicht des Käufers zur Mängelanzeige nicht normiert, können vielmehr lediglich wie im römischen Recht ein mehr indirektes Vorhandensein dahinzielender Bestimmungen konstatieren.

§ 3.

Ausgesprochen finden wir eine solche Rügepflicht ursprünglich nur partikularrechtlich.

Und zwar zuerst im 13. Jahrhundert in den Statuten von Hamburg und Lübeck. Hier finden wir unter dem Schutze des mächtigen Hansabundes eine Epoche des grossartigsten Handelsverkehrs, der die Städte an der Nord- und Ostsee verband, aus dem aber auch bald juristische Formen des Handelsverkehrs zwischen den Hansastädten selbst und den Nordländern erstanden.

Dass bei der Entwicklung solch ausgeprägter Handelsbeziehungen in die Stadtrechte von Hamburg und Lübeck zuerst, dann in immer weiterer Verbreitung in die Rechtsbücher auch anderer Städte Normen Eingang

[11]) Ausnahmen: l. 11 § 4 D. 19, 1, 28 D. 21, 1 und l. 38 pr. § 11 D. 21, I.

fanden, die den Massstab für die Abwicklung rein handelsrechtlicher Geschäfte gaben, liegt auf der Hand. Freilich kannte man noch nicht die Scheidung der Aufnahme von Vorschriften des bürgerlichen Rechts überhaupt von denen des Handelsrechts insbesondere.

So kam es auch, dass die hier interessierenden Rechtsnormen betreffend die Rügepflicht des Käufers bald statutarische Aufnahme fanden.

Wir finden andererseits in dem Recht der Hansastädte aber nicht eine Regelung dieser Frage völlig neu aus sich heraus, können vielmehr eine Anlehnung insbesondere an germanische Ansichten feststellen. Dass daneben wohl auch in etwa römischrechtliche Gedanken mithineingespielt haben, dürfte aus der Tatsache der weiten Verbreitung der römischrechtlichen Ansichten durch das gemeine Recht seine Erklärung finden.

Das ältere germanische Recht stellt als ersten Grundsatz prinzipielle Festhaltung an dem Kaufe hin.

Nur ausnahmsweise soll eine Rückgängigmachung des Kaufvertrags möglich sein.[12]) Notwendige Voraussetzung dazu war vor allem das Vorliegen eines dolus des Verkäufers; dieser musste den zu rügenden Fehler gekannt und verschwiegen haben. Dazu musste der vorliegende Mangel ein recht erheblicher sein.[13])

Beim Vorliegen dieser Voraussetzungen konnte der Käufer Redhibition der fehlerhaften Sache — speziell des fehlerhaften Viehs — vom Verkäufer verlangen. Beim Viehkauf bestand jedoch noch die Besonderheit, dass der Käufer innerhalb einer bestimmten, sehr kurz

[12]) Eine Preisminderung ist dem germanischen Recht völlig unbekannt.

[13]) Die noch weitergehende Vorschrift, dass beim Gattungskauf die beste Art geliefert werden müsse, wofür sich im Schwabenspiegel (306) eine Stelle ausspricht, ist dagegen nur eine singuläre geblieben und niemals allgemeines Recht geworden. (Vgl. Stobbe, a. a. O., Bd. III., S. 304, Anm. 38.)

bemessenen Frist, die meist 3 oder 14, mancher Orts auch schon 28[14]) Tage betrug, seinen Anspruch beim Verkäufer geltend machen musste. Und nur lediglich in dem Falle, dass er trotz redlichen Bemühens den Verkäufer innerhalb der jeweils gegebenen Frist nicht antreffen konnte, sollte sein Anspruch nicht untergehen. Das ist eine Zusatzbestimmung, welche durch das den dolus des Verkäufers fordernde Prinzip des germanischen Rechts ihre Erklärung findet.

Für den Verkäufer kennt letzteres aber in strikter Befolgung des Grundsatzes der prinzipiellen Gebundenheit des Käufers an den Kaufvertrag die Möglichkeit und damit den Rechtsvorteil, dass er mit einem Eideshelfer schwören kann, er habe den gerügten Mangel nicht gekannt, um so die beabsichtigte Redhibition der Kaufsache durch den Käufer abzuwenden.

Es ist in dem älteren germanischen Recht, wenigstens bestimmt beim Viehkauf einmal eine „Rügepflicht", — wenn auch nicht rechtlicher Natur, — schon vorhanden, deren Geltendmachung sodann auch schon an den Lauf einer bestimmten Frist geknüpft ist. Einen Unterschied in der rechtlichen Behandlung sichtbarer und unsichtbarer Mängel hat aber das alte germanische Recht nicht gekannt.

Die dargelegten Normen finden wir zwar nur in den Leges Baiuvariorum etwa aus dem Jahre 750 aufgezeichnet.[15]) Mit Cropp[16]) werden wir aber anzunehmen haben, dass diese an sich nur partikularrechtlichen Bestimmungen dem gesamten germanischen Recht bekannt waren, und dass wir „berechtigt sind, sie für älteres gemeines vaterländisches Recht zu halten".[17])

[14]) z. B. in Dortmund
[15]) a. a. O. tit. 16. cap. 9.
[16]) Cropp, a. a. O., S. 166.
[17]) Cropp, a. a. O., S. 166.

Zu Recht führt Cropp zur Begründung seiner Ansicht aus, dass andernfalls sicherlich in den zahlreichen Volksrechten der damaligen Zeit wenigstens an einer Stelle eine Verwerfung oder anderweite grundsätzliche Regelung des angegebenen Rechtsgrundgedankens sich finden lassen müsse. Tatsächlich sind aber nur Abweichungen hinsichtlich der Fristen der Redhibition fehlerhaften Viehs zu konstatieren. Auch „lassen sich später in den verschiedensten Gegenden Deutschlands Anwendungen, wenn auch bisweilen nur specielle oder modificierte Anwendungen dieser Grundsätze finden."[18] [19]).

Wir werden also anzunehmen haben, dass die in Frage stehenden Bestimmungen der Leges Baiuvariorum in Gebieten, in denen diese als solche keine Geltung beanspruchen konnten, grundsätzlich, wenn auch nur stillschweigend, doch in Anwendung standen.

Ich finde auch in der mir vorliegenden Literatur eine Widerlegung der von Cropp aufgestellten Behauptung nicht.

Fast durchweg ersehen wir nun aus den verschiedenen Rechten der späteren Zeit neben der Tatsache, dass der Käufer das Recht der Redhibition nicht hat,

[18]) Cropp, a. a. O., S. 166.

[19]) Aehnliche Grundsätze finden sich auch im angelsächsischen und im älteren schwedischen Recht.

Findet der Käufer, das ist Bestimmung des angelsächsischen Rechts, in den ersten dreissig Tagen Fehler der Kaufsache, so ist er zu deren Rückgabe berechtigt, es sei denn, dass der Verkäufer schwören konnte, dass ihm zur Zeit des Handels die Fehler unbekannt gewesen sind.

Nach älterm schwedischem Recht war der Kauf eines Pferdes, eines Rindes und ähnlicher Sachen ein Kauf auf Probe, wobei die Probetage — genannt Frästmarck — von vornherein bestimmt und in der Regel der Zahl nach drei waren. Innerhalb dieser Frist konnte der Käufer, sofern er Mängel entdeckte, dem Verkäufer die Sache zurückgeben.

Nach ostgotischem Recht ist für das Rücktrittsrecht wegen verborgener Mängel Voraussetzung, »dass der Käufer innerhalb fünfnächtiger Frist vom Erwerb der Ware ab dieselbe dem Verkäufer zurückbietet.« (Vgl. dazu v. Amira, a. a. O. Bd. I, S. 568 f.)

wenn sich hinterher heimliche Mängel an der Kaufsache zeigen, welche auch dem Verkäufer zur Zeit des Vertragsschlusses nicht bekannt waren, das Prinzip, dass, „dem Käufer, ehe er fest an den Handel gebunden sein soll, Gelegenheit verschafft werden muss, die Tauglichkeit der Sache gehörig zu erproben".[20])

In Ausführung dieser Absicht wurden in den verschiedenen Rechten die schon erwähnten Probetage bald allgemein gegeben. Allerdings lässt sich mit Bestimmtheit nicht erkennen, ob diese auch beim Verkauf anderer Gegenstände als Pferde, Kühe oder sonstige Tiere Geltung haben sollten. Ausdrücklich hervorgehoben finden wir das nur im angelsächsischen Recht. Die Probetage selbst — das ist für uns von Interesse festzustellen — aber bedeuten, wenngleich ihre Zahl in den verschiedenen Rechten eine verschiedene ist, stets eine kurz bemessene Frist für die Möglichkeit der Redhibition der Kaufsache. Während dieser Zeit aber ist der Käufer, wenn er nicht hinterher mit seinem Anspruche ausgeschlossen werden will, verpflichtet, die Kaufsache in seinem eigenen Interesse zu untersuchen.

Mit diesen Normen des älteren Rechts hängen die in den neueren Statuten von Hamburg und Lübeck aufgestellten Bestimmungen über den Wandel einer fehlerhaften Kaufsache zusammen.[21])

Ihr Zweck ist freilich ursprünglich nicht die Regelung einer Gewähr für Mängel einer Sache, vielmehr geht er dahin festzustellen, wann ein Handel bindend abgeschlossen gelten soll. Dabei ist dann die ersterwähnte Frage notwendiger Weise mitgeregelt.

Hier muss vorausgeschickt werden, dass der Umstand des Vorhandenseins mannigfacher Einrichtungen

[20]) Vgl. Cropp, a. a. O., S. 168.
[21]) Vgl. Cropp, a. a. O., S. 170.

in den Hansastädten zum Zwecke der behördlichen Untersuchung von Waren schon vor dem Verkauf auf ihre Beschaffenheit und dann der Anbringung eines entsprechenden Vermerkes an ihnen über die Beschaffenheit hier nichts bei unserer Prüfung verschlägt. Denn eine spätere Streitklage war trotzdem möglich. Wenn schon eine Bemängelung der Fabrikationsweise unmöglich war, so konnte die Klage sich doch immer auf das Vorhandensein solcher Mängel richten, welche die Ware erst nach der Beglaubigung erhalten hatte. Nur diese Fälle aber sind hier von Interesse.

Speciell das lübische Recht hat das Institut des Handels mit und ohne Gottespfennig[22]) ausgebildet. Im Anschluss daran hat sich dann später allgemein der Handel ohne oder nach „Besehen" der Kaufsache entwickelt.

Wie nach der Vorschrift des älteren lübischen Rechts ein Kauf ohne Gottespfennig den allgemeinen Rechtsregeln unterlag, ein solcher aber nach Hingabe und Annahme des Gottespfennigs beim Entdecken irgend eines Mangels nach Kaufabschluss nur ausnahmsweise und zwar nur, solange die Parteien „den Fuss noch nicht verwandt haben oder noch nicht auseinandergegangen sind"[23]) durch Zurückfordern bezw. Zurückgeben des Gottespfennigs rückgängig gemacht werden konnte, so war im späteren lübischen Recht und in dem Hamburgischen Recht entscheidend, ob der Käufer die Kaufsache besehen und empfangen hatte, oder ob er sie nur empfangen oder nur besehen hatte.

Hatte er sie besehen und in „seine Were genommen", so war er grundsätzlich mit einem späteren An-

[22]) seiner juristischen Natur nach Handgeld. Es wird » Gottespfennig« genannt, wenn es frommen Zwecken dienen soll, dagegen »Weinkauf,» wenn Parteien und Kaufzeugen es vertrinken.

[23]) Cropp, a. a. O., S. 170.

spruch hinsichtlich der Geltendmachung von Mängeln natürlicher Art schlechterdings ausgeschlossen, sofern er nicht besondere Abmachungen getroffen hatte[24].

Diese Bestimmung ist zuerst — aber nur in specieller Beziehung auf gekauftes Tuch — in dem Lübischen Rechte vom Jahre 1240 enthalten, hat sich jedoch später als dem Lübischen und Hamburgischen Recht gleich bekannte Norm ausgedehnt. So finden wir in CodexIII [25] des Hamburgischen Rechts: „so welkerhande goet ein man kofet unde besut unde an syne were bringhet, dat scal he gelden". Ebenso sagt das Recht vom Jahre 1292, dasjenige von 1270 und in demselben Sinne das Lübische Recht in CodexII[26]. Das Stadtrecht von Wisby formuliert die Vorschrift dahin: „so welc man in der stad copet oder verkopet, de prove wat he cope", und die Rolle der Hamburger Gerber endlich bestimmt: „idt en schall ook neen man hude kopen, he enhebbe se besehen". Selbstredend ist es gleichgültig, ob der Käufer infolge eigenen Verschuldens trotz entgegengesetzter Möglichkeit die Sache beim Kaufabschluss nicht oder nicht ordnungsgemäss besehen hat. Es besteht für ihn die Pflicht, in dem erwähnten Zeitpunkte die Kaufsache einer Prüfung zu unterziehen in der Hinsicht, als er bei deren Unterlassung sich den daran geknüpften Rechtsnachteilen auch zu unterwerfen hat. Das besagen die alten Rechtsparömien: „Augen auf, Kauf ist Kauf!", „Augen für Geld", „Tu die Augen auf oder den Beutel auf".

Selbst Mängel, welche zur Zeit des Besehens auch

[24]) Vgl. dazu auch Cropp, a. a. O., S. 171; Conze, a. a. O., S. 95.

Letzterer erwähnt auch, dass der gleiche Rechtsgrundsatz betreffend besehene Waren auch auf den flandrischen Märkten galt.

[25]) Hach, Cod. III, Art. 322.

[26]) Vgl. Conze, a. a. O., S. 95, der auch die Quellenangaben genauer citiert.

bei Anwendung grösserer Aufmerksamkeit nicht erkennbar waren, von deren Vorhandensein der Verkäufer beim Kaufabschluss aber auch nicht Kenntnis haben durfte, liessen einen Anspruch gegen den Verkäufer grundsätzlich nicht mehr entstehen.

Von dieser harten, nur aus einem zu stark gesteigerten Verlangen nach durchaus geklärtem Handelsverkehr entsprungenen Vorschrift sind im Laufe der Zeit infolge der Erkenntnis allzugrosser Unbilligkeit für einzelne Fälle Ausnahmen zugelassen worden[27]). So hauptsächlich bei der Lieferung von Waren, bei denen die Erkennbarkeit der Mängel für den Käufer infolge der Schwierigkeit des Besehens wegen der Art der Verpakkung erschwert ist. Eine Ausnahme nach dieser Richtung macht auch die Langenbecksche Glosse zum Hamburger Recht zu Art. 13. für den Fall, dass Waren in Fässern oder Säcken geliefert sind.

In diesen Fällen aber sollten etwaige Fehler der gelieferten Sache sofort oder spätestens kurze Zeit nach dem Empfange konstatiert und geltend gemacht werden[28]).

Mit der Zulassung von Ausnahmen nach dieser Richtung ging man dazu über, den alten deutschrechtlichen Standpunkt, dem eine rechtlich verschiedene Behandlung sichtbarer und unsichtbarer (oder offener und heimlicher) Mängel völlig unbekannt war, definitiv zu verlassen, indem man zur nachträglichen Bemängelung das Vorliegen von Fehlern der Sache für genügend erachtete, die bei dem Beschen der Ware trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt nicht erkennbar waren.

War nun aber die Ware nach Handelsabschluss von dem Käufer empfangen worden, ohne besehen zu sein, d.h. war ein Besehen unmöglich gewesen, weil die Ware

[27]) Vgl. Revid. Lüb. Recht III, 6, 15.
[28]) Vgl. Stobbe, a. a. O., Bd. III, S. 305.

nicht am Orte war oder noch nicht existierte, so stand dem Käufer der Rücktritt von dem Handel ganz nach Willkühr frei. Er konnte tatsächlich ja erst in diesem Falle nach Empfang der Ware konstatieren, ob sie Mängel habe. Das Besehen konnte hier unter Umständen zeitlich also bedeutend hinter dem Vertragsschlusse liegen. Der Rücktritt war andererseits aber nur solange gestattet, bis der Käufer das Besehen nachgeholt hatte und mit der fehlerhaften Sache nicht zufrieden war. Da der Käufer bei dem Besehen der Kaufsache hier allein zugegen war, er also rein einseitig seine Untersuchung vornahm, so musste er für den Fall, dass er gefundene Mängel rügen wollte, dies dem Verkäufer mitteilen. Denn andernfalls musste letzterer annehmen, dass der Käufer mit der empfangenen Ware zufrieden sei. Die Frist nun, innerhalb deren nach Empfang der Sache der Käufer dem Verkäufer die Erklärung, er habe die Sache mangelhaft befunden, abgeben muss, ist stets eine kurz bemessene.

Eine allgemeine Gesetzesvorschrift ist hierüber allerdings nicht vorhanden. Aus der Summe von Einzelfällen, welche in Urkunden erhalten sind, ist der Rechtszustand in dieser Hinsicht jedoch erkennbar. Je nach den waltenden Umständen und unter besonderer Berücksichtigung der Unsicherheit des Nachrichtentransportes in der damaligen Zeit unterliegt die jeweilige Frist billigem Ermessen, ist aber dann auch bei Berücksichtigung dieser beiden Momente als eine äusserst kurze für den Einzelfall anzunehmen[29]). Denn es lag in der Meinung der

[29]) Der Umstand, dass die Rolle der Hamburger Gerber (Rüdiger, a. a. O., Nr. 15, S. 88.) eine solch bestimmte Frist kennt, ist nicht massgebend mit Rücksicht darauf, dass sie lediglich lokale Zunftverordnung war und somit nur ganz beschränkte Bedeutung beanspruchen konnte.

Auch ist das den Hansestaaten lediglich in Spanien eingeräumte Privileg, dass Angehörige der ersteren nur drei Tage nach der Lieferung haften sollen, hier nicht zu verwerten.

Kontrahenten, dass das Besehen gleich, nachdem der Käufer die Ware in seinen Gewahrsam erhalten hat, vorgenommen werden, und dass gleich nach dem Besehen die Redhibition erfolgen sollte, wenn der Käufer mit der Beschaffenheit der Ware nicht zufrieden war."[30]) Dieser Standpunkt deckt sich auch mit der Regelung der Mängelrügefrage bei von auswärts bestellten Waren.

Nach den Recensionen des späteren hamburgischen und lübischen Rechts musste nämlich der Empfänger einer von auswärts gelieferten Ware, welcher die Annahme derselben ihrer schlechten Beschaffenheit wegen verweigern wollte, „dieses gleich am nächsten Posttage nach ihrem Empfang dem Verkäufer entweder selbst anzeigen"[31]) oder aber er musste sich an den Rat seiner Stadt wenden und die Bitte unterbreiten, eine diplomatische Note an den Rat derjenigen Stadt zu senden, in welcher der Verkäufer seinen Wohnsitz hatte, um mit letzterem Verhandlungen wegen der mangelhaften Lieferung einzuleiten. Diesen Weg bevorzugte man wohl deshalb, um der Mängelrüge mehr Nachdruck zu verleihen.

Für diese Bestimmungen ist eine grössere Zahl von Belegen kasuistischer Natur besonders in dem Lübischen Urkundenbuch enthalten[32]). Im Hansischen Urkundenbuch[33]) finden wir u.a. den speciellen Fall behandelt, dass die Stadt Thorn sich an die Stadt Danzig mit der Beschwerde wendet, dass an einen Mitbürger Thorns in Danzig schlechtes Oel verkauft worden sei. Ebenso[34]) schreibt Neustargard an Lübeck[35]) wegen einer Sendung Felle; Braunschweig an Lübeck[36]), weil ein Bürger unter 13 Tonnen Heringen eine Tonne gänzlich verdorbener

[30]) Cropp, a a. O., S. 183 f.
[31]) Vgl. Cropp, a. a. O., S. 184.
[32]) z. B. Bd. I S. 513, Nr. 569, Bd. IV, S. 574, Nr. 522.
[33]) Bd. III, S. 311, Nr. 577.
[34]) Vgl. zu dem folgenden Conze, a. a. O., S. 105.
[35]) Lübisches Urkundenbuch Abt. I Bd. 1—7: IV Nr. 155, S. 149.
[36]) ---------- IV Nr. 522, S. 574.

erhalten habe; Riga an Lübeck[37]) wegen fehlerhafter Leinewand; Lübeck an Elbing[38]) wegen Salzes von Oldesloe; so antwortet Albrecht von Thüringen der Stadt Lübeck[39]) wegen des von seinen Untertanen gelieferten schlechten Hopfens.

Unterliess der Käufer die Mängelanzeige nach den erwähnten Vorschriften, so wurde er mit seinen Ausstellungen garnicht weiter gehört.[40])[41]).

Wir erkennen hier also deutlich eine Pflicht des Käufers, von der Mangelhaftigkeit der Sache dem Verkäufer Anzeige zu erstatten. Diese Pflicht ist rechtlich statuiert. Erinnern wir uns unserer eingangs der Abhandlung dargelegten modernen handelsrechtlichen Bestimmung, so werden wir hier in der Rechtsgrundidee eine auffallende Uebereinstimmung zwischen den Gesetzesvorschriften finden, deren Anwendung auch des weiteren beidesfalls an den Lauf gewisser Fristen geknüpft ist.

Was nun die weitere Möglichkeit angeht, dass der Käufer die gekaufte Ware besehen, aber noch nicht empfangen hat, so kann er grundsätzlich dann von dem Kaufe nicht mehr zurücktreten, wann der Verkäufer die Ware in seine — des Käufers — Behausung oder Gewere gebracht hat[42]). Denn von diesem Zeitpunkte ab ist durch das Zusammentreffen von Besehen und Empfangen der Kaufsache[43]) der Vertrag perfekt[44]).

[37]) Lübisches Urkundenbuch Abt. I Bd. 1-7: I Nr. 750, S. 680.
[38]) ..... VII Nr. 823, S. 835.
[39]) ..... I Nr. 569, S. 513.
[40]) Vgl. auch Cropp, a. a. O., S. 184.
[41]) Gerade die erwähnten Rechtssätze fanden später im Wege des Gewohnheitsrechts eine Ausdehnung weit über den Rahmen ihres ursprünglichen Geltungsgebietes hinaus. (Vgl. Brinckmann, a. a. O., S. 301; Lürmann, a. a. O., S. 168.)
[42]) Vgl. dazu Cropp, a. a. O., S. 184.
[43]) Besehen und empfangen ist zur Perfektion des Vertrages »copulative,« nicht »alternative« erforderlich. (Cropp, a. a. O. S. 174.)
Dem Besehen ist freilich die grössere Bedeutung beizumessen.

Dass auch nach Lübischen und Hamburgischen Rechten alle die aufgeführten Regeln nach der Seite der Ausschliessung der Haftung des Verkäufers hin nicht Platz greifen für den Fall, dass dieser vorhandene Fehler gekannt, aber arglistiger Weise verschwiegen hat, folgt aus der Natur des dolus, den zu vertreten der Verkäufer normaler Weise stets und überall verpflichtet ist.

Ob der Verkäufer den Mangel bewusst verheimlicht hat, wurde eventuell auf seinen Eid gestellt. Leistete er den Eid dahin, dass er den Mangel nicht gekannt habe, so wurde dem Gewährleistungsanspruche des Käufers nicht stattgegeben[45]). Das ist eine Einwirkung germanischen Rechts.

§ 4.

Das bayerische Landrecht in der Gestaltung des Codex Maximilianeus Bavaricus civilis vom Jahre 1756 ist ebenso wie das Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten vom Jahre 1794 von den erwähnten Partikularnormen bei der Regelung der Gewährleistungsfrage für Mängel der Kaufsache (Cod. Maximil. Bavaric. civil. Teil IV. Cap. III. §§ 23 bis 25; A.L.R. I. 5 §§ 317 bis 348) wesentlich nicht beeinflusst worden.

Beide Gesetzbücher stehen nämlich in der hier zu erörternden Frage unter dem Einflusse des römischen bezw. des gemeinen Rechts[46]). Das Allgemeine preussische Landrecht bringt nur in ganz geringem, für unsere Untersuchung unwesentlichem Umfange eine Einwirkung deutschrechtlicher Gedanken.

[44]) Inkonsequent ist der allerdings nur vereinzelt in den Quellen vorkommende Standpunkt, nach dem in gewissen Fällen trotz voraufgegangenen Besehens der Kaufsache und nachfolgender Perfektion des Kaufvertrages eine Beanstandung der gelieferten Sache Mängel wegen natürlicher Art möglich sein soll.

[45]) Vgl. Lübisches Recht, Cod. III Art. 39.

[46]) Vgl. dazu: Krüll, a. a. O., S. 107; Foerster-Eccius a. a. O., S. 573.

Beide Gesetze haben somit einen Schritt vorwärts in der Entwicklung einer „Rügepflicht" nicht getan; nach Lage der Dinge sind wir eher berechtigt, von einem Schritte rückwärts zu sprechen.

Im einzelnen ist die Regelung der Mängelgewährleistungsfrage nach folgenden Gesichtspunkten erfolgt.

Das bayerische Landrecht legt der Gewährleistungsfrage das Vorhandensein eines Mangels an der verkauften Sache zu Grunde,: „bei welchem man sich, sofern er gleich anfänglich bekannt gewesen wäre, auf den Kauf entweder garnicht, oder wenigstens nicht auf einen so hohen Kaufschilling eingelassen haben würde". (L.R.,a.a. O,. § 23.) Es begreift darunter das Fehlen sowohl solcher Eigenschaften, welche von der Sache nach ihrer innern und äussern Natur ordentlich zu erwarten sind[47]), als auch das Nichtvorhandensein derjenigen Eigenschaften, welche in Gemässheit des Versprechens des Verkäufers vorhanden sein sollen. Die rechtliche Behandlung ist in ihm nach beiden Seiten die gleiche. Ob Haupt- oder Nebensache des Kaufobjektes von einem Mangel der erwähnten Art ergriffen ist, hat nach ihm ebenfalls keinerlei besondere Bedeutung. (L.R., a.a. O., § 23 Nr. 2.)[48]), sofern nur zunächst die allgemeine Bedingung erfüllt ist, dass der vorliegende Mangel sich „nicht als ein geringer, sondern ein grosser und solcher darstelle, welcher den Gebrauch der Sache entweder gänzlich hemmt, oder doch merklich verschlimmert". (L.R., a.a.' O., § 23 Nr. 5.[49])

[47]) Krüll, a. a. O., S. 107.

[48]) Vgl. auch Krüll, a. a. O., S. 110; v. Kreittmayr, a. a. O., § 23 Nr. 2.

[49]) Bediglich beim Pferdekauf sollen nur die folgenden drei Hauptmängel beim Gewährleistungsanspruch klagebegründend wirken: Ritzigkeit, Räudigkeit und Herzschlächtigkeit (L. R. a. a. O., § 23 Nr. 6) und in Ermangelung einer anderen Abrede auch dann nur, wenn sie innerhalb 14 Tagen nach Kaufabschluss geltend gemacht werden. Eine ausdrückliche Pflicht zur Anzeige des Mangel nach seiner Entdeckung besteht nicht.

Indem es als weiteres Erfordernis aufstellt, dass der Mangel kein „sichtbarer oder leicht zu erkennender" (L.R., a.a. O., § 23 Nr. 7.) sein darf, macht auch es wie frühere Rechte einen Unterschied zwischen offenen und heimlichen Mängeln. Das Vorliegen ersterer vermag einen Gewährleistungsanspruch grundsätzlich nicht zu begründen. Soll ein Mangel letzterer Art klagebegründend wirken, so darf sein Vorhandensein des weiteren, wie auch schon in früheren Rechten, dem Käufer zur Zeit des Kaufes nicht bekannt gewesen sein. Letzteres aber hat der Käufer nach allgemeiner Regel zu beweisen. In dieser Hinsicht enthält nun das bayerische Landrecht eine neue Bestimmung in der ausdrücklichen Anordnung, dass der Käufer diesen Beweis erbracht hat, wenn er nur „wahrscheinlich dartut", dass der fragliche Mangel schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden war. (L.R., a.a. O., § 23 Nr. 8.) Es werden nämlich kraft ausdrücklicher Gesetzesvorvorschrift von heimlichen Mängeln des Kaufobjektes überhaupt nur solche berücksichtigt, welche schon zur Zeit des Kontraktes der Sache anhafteten, sofern sie des weiteren in diesem Zeitpunkte dem Käufer auch nicht bekannt waren. (L.R., a.a. O., § 23, Nr. 8. und 7.) Die Behauptung nun, dass im Zweifel bei solchen Mängeln, welche innerhalb drei Tagen nach dem Kaufe angezeigt werden, der Beweis der Wahrscheinlichkeit, dass dieselben schon zur Zeit des Vertragsschlusses an der Sache bestanden, erbracht gelten soll, entbehrt einer rechtlichen Unterlage und kann sich somit des Anscheines der Willkür nicht erwehren.

Liegen Mängel vor, für welche das Gesetz einen Gewährleistungsanspruch zur Entstehung gelangen lässt, so sollen als besondere Klagen die actio redhibitoria in dem Falle Platz greifen, dass der vorhandene Mangel „den völligen oder doch meisten Gebrauch der Sache be-,

nimmt, mithin so beschaffen ist, dass, wenn solcher gleich anfänglich bekannt gewesen wäre, man sich allem Ansehen nach auf dem Kauf nicht eingelassen hätte". (L.R., a.a. O., § 24 Nr. 1.) die actio quanti minoris, welche an sich mit der actio redhibitoria grundsätzlich in alternativer Klagenkonkurrenz steht, hingegen dann Anwendung finden, „wenn der Mangel an der verkauften Sache den Gebrauch derselben nicht gänzlich oder meistenteils benimmt, mithin so beschaffen ist, dass, wenn solcher bekannt gewesen wäre, man deswegen den Kauf nicht ganz unterlassen, sondern nur weniger darum gegeben hätte". (L.R., a.a. O., § 25 Nr. 1.) Die Verjährungszeit beider Klagen ist prinzipiell dieselbe wie im römischen Recht; nur besteht insofern ein Unterschied, als im bayerischen Landrecht eine Vorschrift ausdrücklich dahin Aufnahme gefunden hat, dass der Lauf der Verjährungszeit a die Extraditionis beginnt. (L.R. a.a. O. §§ 24. Nr. 3; 25 Nr. 3.)

Das Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten unterscheidet zwischen vorbedungenen und gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Kaufsache und trennt zwischen offensichtlichen und heimlichen Mängeln.

Fehlen der Kaufsache vorbedungene Eigenschaften (A.L.R. I 5 §§ 325 bis 328), so steht dem Käufer das Recht zu, Gewährleistung derselben anzutragen und bei Nichterfüllung Wandlung oder Preisminderung zu verlangen. In dem Umstande, dass eine Kaufsache, welcher vorbedungene Eigenschaften fehlen, bedingungslos von Seiten des Käufers angenommen wurde, ist noch keine Genehmigung der Ware zu erblicken[50]).

Bei der rechtlichen Behandlung der Mängel hinsichtlich gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften scheidet das

[50]) Vgl. Foerster-Eccius, a. a. O., S. 502.

allgemeine Landrecht zwischen „in die Augen fallenden" und „heimlichen" Mängeln. Erstere gelten als genehmigt, wenn sie nicht bei der Uebernahme der Sache gerügt werden. Letztere werden so behandelt wie Fehler der Sache, deren Nichtvorhandensein ausdrücklich vorbedungen ist. (A.L.R. I. 5 §§ 330 und 331.)

Die gesetzliche Frist, innerhalb welcher der Gewährleistungsanspruch nach dem preussischen Allgemeinen Landrecht seitens des Käufers geltend gemacht werden muss, beträgt bei den für unsere Abhandlung nur zu berücksichtigenden Mobilien sechs Monate, wenn es sich um das Vorliegen von natürlichen, die Sache selbst betreffenden Fehlern handelt; sie beträgt drei Monate, wenn die Mängel nur äussere, nicht die Sache selbst berührende sind. (A.L.R. I. 5 §§ 343 und 344.).

Wir sehen: Eine gesetzliche Rügepflicht ist dem bayrischen Landrecht ebensowenig wie grundsätzlich dem allgemeinen preussischen Landrecht bekannt gewesen. Die hier fraglichen Bestimmungen beider Gesetze lassen im Prinzip dieselben Anschauungen und Rechtsfolgen erkennen, welche uns bei der Darstellung der in Frage stehenden römischrechtlichen Normen schon bekannt geworden sind.[51]) Wir können uns daher damit begnügen, im allgemeinen auf die gelegentlich der Darstellung der letzteren hinsichtlich der Frage nach dem Bestehen einer „Rügepflicht" angestellten Betrachtungen hier zu verweisen. Lediglich die gesetzliche Aufnahme der ausdrücklichen Vorschrift in das preussische Landrecht, dass der Käufer „in die Augen fallende" Fehler der Kaufsache sofort zu rügen habe, ist gegenüber dem römischen bezw. dem gemeinen Recht formell neu und als ein Ausfluss der entwickelteren deutschrechtlichen Normen anzusehen.

[51]) Vgl. S. 22 ff. der Abhandlung.

§ 5.

Auch das Gesetzbuch Napoleons, der Code civil, enthält für unsere Frage nach der Entwickelung einer „Rügepflicht" des Käufers im Falle mangelhafter Sachlieferung nichts Neues. Eine ausdrückliche Norm nach dieser Richtung kennt auch dieses Gesetzbuch nicht.

Auch es verlangt, dass die Kaufsache in dem Zustande dem Käufer überliefert werde, in welchem sie sich im Augenblicke des Verkaufs, also zur Zeit des Vertragsschlusses befand (Art. 1614)und lässt einen Gewährsleistungsanspruch überhaupt nur entstehen beim Vorliegen verborgener Mängel und bei solchen wiederum nur dann, wenn diese einmal entweder die verkaufte Sache zu dem Gebrauche, zu welchem sie bestimmt ist, untauglich machen, oder diesen Gebrauch so sehr schmälern, dass der Käufer die Sache bei Kenntnis der Mangelhaftigkeit garnicht, oder doch nur zu einem geringern Preise gekauft haben würde (Art. 1641), sodann wenn des weiteren die Mangelhaftigkeit dem Käufer zur Zeit des Vertrages auch nicht bekannt gewesen ist. (arg. Art. 1641.)[52] Für in die Augen fallende Fehler, von deren Vorhandensein der Käufer selbst sich hat überzeugen können, hat der Verkäufer nicht einzustehen. (Art. 1642). Es genügt auch hier, dass die Möglichkeit der Entdeckung des Mangels objektiv zur Zeit des Vertragsschlusses gegeben war; ob der Käufer infolge des Unterlassens einer, wenngleich nur äusserlichen Prüfung[53] nach dieser Richtung die Fehlerhaftigkeit tatsächlich fahrlässiger Weise nicht kennen gelernt hat, kann dabei nicht ins Gewicht fallen. Insofern besteht auch im code civil eine Pflicht zur Prüfung der Kaufsache auf ihre Beschaffenheit beim Kaufabschluss.

[52]) Vgl. Zachariae, a. a. O., S. 480.

[53]) Vgl. Puchelt, a. a. O., Bd. 22, S. 213; 1 W. Jahrg. 1891, S. 219, Nr. 68.

Und selbst in dem Falle, dass der Käufer auf die Gewährleistung für verborgene Fehler ausdrücklich verzichtet hat — was an sich möglich ist —, bleibt die Haftbarkeit des Verkäufers grundsätzlich dennoch erhalten, wenn letzterer die Mangelhaftigkeit der Kaufsache gekannt hat. Selbst in solchem Falle aber soll der Verkäufer von der Haftung befreit sein, wenn der Käufer auf seine eigene Gefahr gekauft hat.[54]) [55]).

Der Käufer hat die Wahl, ob er die Sache gegen Erstattung des Kaufpreises zurückgeben, oder ob er sie behalten und sich einen, nach dem Ermessen sachverständiger Personen zu bestimmenden Teil des Kaufpreises zurückzahlen lassen will. (Art. 1644.) Ist dem Verkäufer die Mangelhaftigkeit der Sache bekannt gewesen, so steht dem Käufer zudem das Recht zu, wegen jeglichen ihm durch die Fehlerhaftigkeit erwachsenen Schadens Ersatz zu beanspruchen. (Art. 1645.) Indem das Gesetz die Verjährungszeit der atio redhibitoria im Art. 1648 auf eine „kurze Frist" bemisst, „so wie solche durch die Beschaffenheit der fraglichen Mängel und durch das Herkommen des Vertragsortes erfordert wird", ist es allerdings gegenüber dem bayrischen und preussischen Landrecht einen Schritt weiter gegangen in der praktischen Ausführung der Erwägung, dass der Verkäufer baldmöglichst Gewissheit darüber erhalten solle, ob der Käufer ihn wegen einer, ihm — dem Verkäufer — auch nicht bekannt gewesenen Mangelhaftigkeit der Kaufsache in Anspruch nimmt, insofern der Käufer unter Umständen

---

[54]) Troplong, a. a. O., N. 560.

[55]) Die weiteren durch das Gesetz aufgestellten Ausnahmen von der Haftung für verborgene Mängel — nämlich einmal der Fall, dass die Sache auf Anordnung des Gerichts verkauft worden ist (Art. 164), sodann wenn die Sache durch einen Unfall zu Grunde gegangen ist, der selbst nicht Folge der verborgenen Mängel war (Art. 1647) — sind hier nicht weiter zu erörtern.

genötigt ist, recht bald nach dem Vertragsschlusse die Kaufsache auf ihre Beschaffenheit zu untersuchen[56]), wenn er einen eventuellen Gewährleistungsanspruch nicht durch Verjährung untergehen lassen will. Das aber dürfte bei einem lässigen Verhalten des Käufers nach dem Kaufe im Falle der Mangelhaftigkeit der Sache in einer Reihe von Fällen nur zu leicht eintreten, da der Lauf der statuierten „kurzen Frist" schon mit dem Tage beginnt, an welchem der Vertrag perfekt abgeschlossen ist.[57]). Die Untersuchung der Ware und eine ledigliche, wenn auch sofortige Rüge der Mangelhaftigkeit an den Verkäufer ohne rechtzeitige Klageerhebung vermögen jedoch die gesetzlichen Rechte des Käufers nicht zu wahren[58]).

Da das Badische Landrecht vom Jahre 1809 bezw. 1810 lediglich eine Uebernahme des code civil für das Grossherzogtum Baden enthält, wennschon „in dem Masse, dass in Zusätzen dasjenige näher bestimmt ist, was nötig ist, um eine sichere, dem Geist des Gesetzes stets gemässe und zugleich der badischen Landesart und Sitte nicht nachteilige Anwendung zu begründen",[59]) hinsichtlich der Mängelgewährleistungsfrage sich eine Abweichung von den Bestimmungen des code civil aber nur insofern vorfindet, als dem Käufer das Recht zur Rückgewähr der Kaufsache nur solange zustehen soll, als er nicht Veränderungen damit vorgenommen hat, welche dieselbe entwerten oder zu ihrem gewöhnlichen Gebrauch untauglich machen (Landrechts- Satz 1644a), so erübrigt es, die im Badischen Landrecht in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des code civil aufgestellten Mängelgewährleistungsregeln hier zu wiederholen.

---

[56]) Vgl. auch Kah, a. a. O., S. 623; Hachenburg, a. a. O., Ergänzungsband, S. 181.

[57]) Vgl. Zachariae, a. a. O., S. 481, auch Anm. 41 daselbst.

[58]) Vgl. Kah, a. a. O., S 623.

[59]) Siehe: Erstes Einführungs-Edikt zum Badischen Landrecht vom 3. II. 1809 in Code Napoleon mit Zusätzen für das Grossherzogtum Baden S. III.

§ 6.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen aus dem Jahre 1865 hat nicht zuletzt unter dem Einflusse der eingreifenden Normen des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs der „Rügepflicht" eine weitergehende Bedeutung zukommen lassen, wie das in den zuletzt erwähnten Gesetzbüchern geschehen ist.

Allerdings hat auch in ihm eine allgemeine Pflicht des Käufers zur Untersuchung der Kaufsache auch hinsichtlich nicht sofort erkennbarer Mängel innerhalb einer gewissen Frist nach der Ablieferung der Kaufsache und damit auch nicht der Verlust der Rechte des Käufers in diesem Umfange als Folge des Unterlassens einer rechtzeitigen Mängelanzeige an den Verkäufer Aufnahme gefunden.

Die uns schon bekannte Unterscheidung in der rechtlichen Behandlung offener und verborgener Mängel finden wir auch in ihm vor[60]). Für erstere gelangt eine Verbindlichkeit des Verkäufers überhaupt nicht zur Entstehung, während letztere grundsätzlich regelmässig dessen Haftung begründen. Dem Bestehen verborgener Mängel ist rechtlich sowohl das Nichtvorhandensein solcher Eigenschaften der Kaufsache zur Zeit des Vertragsschlusses, des Eintritts der dem Vertrage zugefügten Suspensivbedingung oder der Ausscheidung der nur generell bestimmten Sache aus der Gattung gleichzuachten, welche der Verkäufer beim Kaufabschluss als vorhanden versprochen hat, als auch das tatsächliche Vorliegen solcher Mängel, deren Abwesenheit der Verkäufer in dem angegebenen Zeitpunkte zugesichert hat. (§§ 1092, 899, 900, 906; vgl. auch § 907). Ob der Verkäufer um das Vorliegen des verborgenen Mangels gewusst oder aber, ob er Kenntnis

[60]) Was im Sinne des Gesetzes als Mangel der Sache gilt, ist dem § 902 zu entnehmen. Für Tiere sind insbesondere in den §§ 924 ff. diesbezügliche Specialbestimmungen aufgestellt.

davon gehabt hat oder nicht, dass eine von ihm besonders zugesicherte Eigenschaft tatsächlich nicht besteht, ist für die Frage seiner Haftung überhaupt unwesentlich (§ 901). Massgebend ist das nur für die Beurteilung der Frage nach einem entweder neben der Aufhebung des Vertrages oder der Minderung des Kaufpreises oder auch ohne das eine oder das andere dem Käufer eventuell zuzubilligenden Schadensersatzes. (vgl. § 922.) War jedoch dem Käufer das Nichtvorhandensein versprochener Eigenschaften zur Zeit des Vertragsschlusses bekannt, so ist eine Haftpflicht des Verkäufers in dem Umfange der Kenntnis der Mangelhaftigkeit ausgeschlossen. (§ 908). Das gleiche ist der Fall, wenn dem Käufer das Vorliegen eines an sich verborgenen Mangels zur Zeit des Vertragsschlusses, der Verabredung einer Bedingung oder endlich zur Zeit der Ausscheidung einer Genussache aus der Gattung tatsächlich bekannt gewesen ist. (§ 904.) Handelt es sich aber um die Entscheidung über das Bestehen eines Gewährleistungsanspruches hinsichtlich dem Käufer verborgen gebliebener Mängel, so ist zunächst zu prüfen, ob der Erwerber bezüglich der gekauften Ware Sachkenner ist oder nicht. Letzterenfalls ist es nur von Erheblichkeit, ob er in dem erwähnten Zeitpunkte den fraglichen Mangel bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte entdecken müssen. (vgl. § 903.) Es ist somit schon in diesem Falle immerhin eine Besichtigung der Kaufsache, wenn auch nur unter Beobachtung nur alltäglicher Sorgfalt, seitens des Käufers erforderlich. Viel weiter aber geht das Gesetz in dem Falle, dass der Käufer in Bezug auf die gekaufte Ware Sachkenner ist. Es steht dann dem tatsächlichen Kennen ein Kennenmüssen weitesten Umfanges gleich, insofern — vorausgesetzt, dass der Verkäufer nicht arglistig gehandelt hat — der Käufer mit einer Gewähr-

leistungsklage hinsichtlich einer an sich verborgenen Mangelhaftigkeit nicht Gehör findet, die er auf Grund seiner Sachkunde hätte wahrnehmen müssen (§ 904.) Es ist also schon eine Untersuchungspflicht des Käufers, der zugleich Sachkenner ist, weitester Ausdehnung vorhanden. Das Kennenmüssen der Mangelhaftigkeit vom Standpunkte des Sachkenners aus wird nämlich in der Regel die erheblich grössere Zahl von Mängeln der Sache begreifen und somit in diesem Umfange die Fehler als verborgene Mängel im Sinne des Gesetzes nicht mehr erscheinen lassen. Die in solchen Fällen seitens des sachkundigen Käufers anzustellende Untersuchung ist sofort, d.h. spätestens bei der Ablieferung der Kaufsache vorzunehmen. Lediglich in dem einzigen Falle, dass der Kaufvertrag Gegenstände solch grossen Umfanges betrifft, „dass eine Untersuchung der veräusserten einzelnen Gegenstände nicht tunlich oder im Verkehr nicht üblich ist", schliesst sowohl die Unterlassung der Untersuchung seitens des sachkundigen Käufers, wie sogar die Augenfälligkeit der Mängel einzelner Gegenstände die Haftpflicht des Verkäufers nicht aus. (§ 905.) Darüber, wenn eine Gesamtsache für einen Gesamtpreis oder für einen Preis nach den einzelnen Stücken verkauft worden ist und einzelne dazu gehörige Stücke fehlerhaft sind, oder aber, wenn mehrere einzelne Sachen für einen Gesamtpreis veräussert worden sind und einzelne Stücke fehlerhaft sind, enthält das Gesetz Specialbestimmungen. Ausdrücklich hebt es auch hervor, dass die rechtliche Folge der Fehlerhaftigkeit der Hauptsache auch die Nebensache begreift, während umgekehrt die Fehlerhaftigkeit nur der Nebensache mit Bezug auf die Hauptsache bedeutungslos bleibt.

Als besondere Klagen gibt das Gesetz für den Fall des Vorhandenseins verborgener Mängel an der Kaufsache oder des Fehlens versprochener Eigenschaften dem

Käufer nach seiner freien Wahl die Klage auf Aufhebung des Kaufvertrags und auf Minderung des Kaufpreises. (§ 909.) Erstere soll insbesondere auch dann zulässig sein, wenn der Käufer die Kaufsache nicht mehr zurückgewähren kann, weil sie infolge ihrer Mangelhaftigkeit oder durch Zufall untergegangen ist. (§ 918.) Beide Klagen stehen zueinander in alternativer Klagenkonkurrenz. Nach Erhebung der Klage in der einen oder andern Richtung und nach hinzugetretener Benachrichtigung davon seitens des Gerichts an den Verkäufer ist der Käufer an die von ihm getroffene Wahl gebunden. (§ 909.) Die Verjährungszeit beider Klagen beträgt für die von uns nur in Rücksicht zu ziehenden Mobilien sechs Monate, von dem Zeitpunkte ab gerechnet, wo der Käufer die Sache in Empfang genommen hat. Sie greift in ihrer Kürze nicht ein, einmal wenn der Verkäufer zur Zeit des Kaufabschlusses von dem verborgenen Mangel Kenntnis gehabt und ihn verschwiegen hat, sodann wenn er Eigenschaften als vorhanden zugesichert hat, welche tatsächlich der Kaufsache nicht anhaften. (§ 923.)

§ 7.

Unter Berücksichtigung auch der dargestellten Rechtssätze des preussischen Allgemeinen Landrechts und des Bayerischen Landrechts sowohl wie des Code civil und des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches hat wiederum das heute geltende Bürgerliche Gesetzbuch die Gewährleistungsfrage geregelt[61]).

Wir müssen uns hier darüber klar sein, dass das Kaufgeschäft im Handelsrecht zwar eine hervorragende Stelle einnimmt (man denke nur an die modernen Geschäfte des Handels- und Börsenverkehrs, die Report-

[61]) Vgl. dazu Motive B. G. B. Bd. II, S. 238; Protokolle B. G. B. Bd. I, S. 667; Denkschrift B. G. B., S. 63.

und Promessen-, die Differenz- und Prämiengeschäfte), dass es gleichsam „der Zentralpunkt innerhalb des Cyklus der Handelsgeschäfte ist,"[62]) dass es aber andererseits kein ausschliesslich dem Handel eigentümliches Institut ist, vielmehr auch in den Schuldverhältnissen des gewöhnlichen bürgerlichen Verkehrs die grösste Rolle spielt.

Aus diesem Gesichtspunkte heraus haben sowohl die bürgerliche Gesetzgebung über dieses Rechtsgeschäft Bestimmungen getroffen wie auch die handelsrechtliche und zwar im wesentlichen dergestalt, dass erstere die allgemeinen, den Kaufvertrag beherrschenden Rechtsregeln aufgestellt, während letztere besonders diejenigen Regeln normiert hat, welche dem Kaufe als besonderem Handelsinstitut eigentümlich sind.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt eine Pflicht des Käufers zur Prüfung der angenommenen Sache auf unbekannte Fehler prinzipiell nicht.[63])[64]).

Im § 459 Abs. 1. stellt es als Grundprinzip auf, dass eine Sache nicht mit physischen Fehlern behaftet sein darf, welche den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern und bemerkt anschliessend im Sinne des Grundsatzes „minima non curat praetor" gleich weiter, dass es auf eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit nicht Rücksicht nimmt. (§ 459 Abs. 1, Satz 2.) Für alle vertragsmässig zugesicherten Eigenschaften bezw. für das Nichtvorhandensein von Fehlern, deren Abwesenheit der Verkäufer zugesichert hat, haftet letzterer jedoch schlechthin, ohne dass es hier-

[62]) Gareis bei Endemann, Handbuch Bd. II, S. 541.
[63]) Vgl. Denkschrift B. G. B., S. 223; Motive B. G. B. Bd. II, S. 238.
[64]) Vgl. auch Eccius, a. a. O., S. 340; I. W. Jahrg. 1901, S. 848, Nr. 30 (unten.).

bei auf die Erheblichkeit ihres Fehlens ankommt. (§ 459 Abs. 2 B.G.B.) Als der die Gewährleistung bestimmende Zeitpunkt gilt der, mit welchem die Gefahr der Sache auf den Käufer übergeht. (Vgl. dazu §§ 446 Abs. 1 und 2. 447 B.G.B.)Es haftet also der Verkäufer für später entstehende Mängel nicht mehr. (arg. § 459. Abs. 1. B.G.B.).

Im § 468 B.G.B. finden wir die Sonderbestimmung, dass auch eine bestimmte Grösse des gekauften Grundstücks als zugesicherte Eigenschaft zu gelten habe. Für Mobilien fehlt es an einer dahinzielenden Rechtsvorschrift. Hier ist es Tatfrage und je nach Lage und Beschaffenheit des Einzelfalles zu beurteilen, ob die Quantität als zugesicherte Eigenschaft zu behandeln, oder ob darin eventuell ein Mangel zu erblicken sei, der „den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert." Es stehen somit die zugesicherten Eigenschaften der Sache mit dem nach dem Vertrage festgesetzten Gebrauch der Sache in engem Verhältnis. Man möge bedenken ,dass unter Umständen durch sie ja erst der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch ermöglicht werden kann[65]).

Die gesetzlich geregelte Haftung des Verkäufers kann durch Vereinbarung unter den Parteien infolge des dispositiven Charakters dieser Vorschriften natürlicher Weise abgeändert werden. Unzulässig ist das lediglich für den Fall, dass der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat, insofern dann eine Vereinbarung, wonach die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt werden soll, nichtig ist (§ 476 B.G.B.) Gesetzlich beschränkt ist letztere kraft ausdrücklicher Vorschrift in einigen Fällen. Kennt der Käufer den Mangel bei Abschluss des Kauf-

[65]) Vgl. dazu Schollmeyer, a. a. O., S. 13 f.

vertrages, so ist in der stillschweigenden Annahme der mangelhaften Sache eine Genehmigung ihrer Beschaffenheit und somit ein Verzicht auf die Geltendmachung des Mangels zu erblicken. Für den Verkäufer besteht daher nach dieser Richtung eine Haftpflicht nicht. (§ 460 B.G.B.) In Gemässheit des § 460 Abs. 1. B.G.B. ist diese Gesetzesbestimmung ohne Einschränkung als zutreffend anzunehmen, also auch bei ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften[66]). Sonst hätte das Gesetz für diesen Fall eine besondere Ausnahmebestimmung treffen müssen[67]).

Für den Fall, dass dem Käufer ein nach § 459 Abs. 1. B.G.B. zu vertretender Fehler infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, besteht für den Verkäufer eine Haftung ebenfalls nicht, falls er nicht das Vorhandensein des Fehlers doloser Weise verschwiegen oder die Abwesenheit des Mangels nicht ausdrücklich zugesagt hat. (§ 460 B.G.B.)

Einen Fehler der Kaufsache endlich hat der Verkäufer auch nicht zu vertreten, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung verkauft wird (§ 461 B.G.B.)

Liegen vom Verkäufer zu vertretende Mängel aber vor, so gibt das Bürgerliche Gesetzbuch im § 477 dem Käufer nach seiner freien Wahl grundsätzlich die Ansprüche auf Wandelung und Minderung. Da es nun aber für den Verkäufer äusserst misslich und für die Sicherheit des Verkehrs von grossem Bedenken sein würde, wenn der Käufer lange Zeit nach der Ablieferung der Ware noch die gekaufte Sache wegen des Vorliegens von Mängeln beanstanden könnte, so hat die Gesetzgebung, um diesem Uebelstande zu begegnen, die Geltendmachung der erwähnten Ansprüche lediglich innerhalb kurzer Fri-

[66]) Vgl. Schollmeyer, a. a. O., S. 14, Planck, a. a. O., zu § 460, S. 247.

[67]) Endemann, Einführung, § 161, Anm. 7 S. 719.

sten gestattet [68])[69]). Nach Ablauf von sechs Monaten seit der Ablieferung[70]) von beweglichen Sachen ist das Recht auf Erhebung dieser Klagen verjährt, der Käufer also mit seinen Ansprüchen ausgeschlossen. Der Ablauf dieser Verjährungsfrist beginnt sofort mit der Ablieferung und ist nicht etwa davon abhängig, ob ein Mangel innerhalb einer bestimmten Frist erkannt wurde oder erkennbar war. Lediglich dann, wenn der Käufer vor Ablauf der Verjährungsfrist den Mangel dem Verkäufer angezeigt[71]) oder Massnahmen zur Erleichterung künftiger Rechtsverfolgung (eines Antrages auf Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises des Mangels oder auf Streitverkündung) getroffen hat, ist er gegen eine Kaufpreisklage des Verkäufers insofern geschützt, als er die Zahlung des Kaufpreises verweigern kann, insoweit er auf Grund der Wandlung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde. (§ 478 B.G.B.) Ein Recht zur Erhebung einer Klage hat er grundsätzlich aber nicht mehr. Denn mit der Verjährung des Wandelungs- bezw. des Minderungsanspruches ist auch ein weiterer eventueller Schadensersatzanspruch, welcher dem Käufer an Stelle des Rechtes auf Wandelung oder Minderung zusteht [§ 463 B.G.B.], oder welcher neben dem einen oder andern dieser Ansprüche

---

[68]) Vgl. auch die Ausführungen bei Dernburg, Bürgerl. Recht a a. O., § 189.

[69]) Damit der Käufer durch das ihm zustehende Recht, Wandelung oder Minderung verlangen zu können, nicht die Entscheidung zu lange hinziehen könne, ist bestimmt, dass der Verkäufer, sobald der Käufer ihm gegenüber einen Mangel behauptet hat, sich zur Wandlung unter Bestimmung einer angemessenen Frist erbieten kann mit dem Hinzufügen, dass Käufer nach Ablauf dieser Frist nicht mehr Wandlung beanspruchen dürfe. (§ 466 B. G. B.) Der Käufer kann freilich diese Vorschrift dadurch umgehen, dass er es vorerst unterlässt, dem Verkäufer gegenüber das Vorliegen eines Mangels zu behaupten.

[70]) Nicht etwa schlechthin seit der Uebergabe.

[71]) Es genügt die Absendung der Anzeige. Eventuell hat das der Käufer zu beweisen.

geltend gemacht werden kann (§ 276 B.G.B.)[72]), verjährt. Das ist nur dann nicht der Fall, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. (§ 477 Abs. 1. B.G.B.) „Der praktische Zweck der kurzen Verjährung würde nämlich nur unvollkommen erreicht werden, wenn dieselbe — natürlich unter Zulassung der erwähnten logischen Ausnahme — nicht zugleich auf den Schadensersatzanspruch ausgedehnt würde"[73]).

Hieraus aber eine Pflicht des Käufers zur Anzeige im rechtlichen Sinne zu konstruieren, wäre verfehlt. Es steht diesem lediglich das Recht zu, Mitteilung von der Mangelhaftigkeit der Sache zu machen und sich auf diese Weise gegenüber der drohenden Verjährung seiner Ansprüche in etwa zu sichern. Denn selbst in dem Falle, dass der Käufer ohne grobe Fahrlässigkeit eine erst nach dem Kaufabschluss aufgetretene, aber zur Zeit des Gefahrüberganges schon vorhandene Mangelhaftigkeit der Sache hätte erkennen müssen, besteht für den Verkäufer die Gewährleistungspflicht innerhalb der gesetzlichen Frist[74]).

Eine Ausnahme von dieser Regel könnte in ganz vereinzelten Fällen allerdings entstehen. Und zwar dann, wenn gemäss Auslegung des Kaufvertrages unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157 B.G.B.) eine alsbaldige Rüge des in Frage stehenden Mangels der gekauften Sache seitens des Käufers bei einer gewissen Kategorie von Geschäften als eine Vertragsverpflichtung desselben anzusehen ist und die Unterlassung einer rechtzeitigen Mängelrüge als ein Verzicht hierauf und als stillschweigende Genehmigung der Ware zu gelten hat. Da-

[72]) Vgl. z. B. R. G. Bd, 52, S. 18 f; weitere Literaturangaben dafür vgl. Anm. 14 im Anhang.
[73]) Motive B. G. B. II, S. 240.
[74]) Bestritten: Dafür: u. a. insbesondere Eccius, a. a. O., S. 313.

bei wäre insbesondere zu prüfen, ob sich etwa für den konkreten Fall eine Verkehrssitte, also eine den Geschäftsverkehr beherrschende tatsächliche Uebung gebildet habe, welche auch bei einseitigen Handelskäufen den Käufer, namentlich einen solchen, der Kaufmann ist, verpflichtet, die ihm abgelieferte Ware unverzüglich zu untersuchen und jeden einzelnen Mangel derselben unverzüglich nach der Entdeckung dem Verkäufer anzuzeigen.[75]).

Wollte man dem Käufer eine gesetzliche Pflicht zur Anzeige allgemein auferlegen, so musste das Gesetz im Anschluss an deren Statuierung die Folgen der Nichtanzeige normieren, nicht aber durfte es lediglich Vorteile aussprechen, die dem Käufer für den Fall der Anzeige erwachsen. In diesem Sinne ist es auch zu verstehen, wenn die Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch[76]) darauf hinweist, dass durch die Aufnahme der im § 478 B.G.B. endgültig normierten Bestimmung „für den Käufer eine besondere Erleichterung — im Hinblick auf die alsbaldige Verjährung seiner Ansprüche nämlich — geschaffen werden sollte".

Dass es sich andererseits aber um eine Pflicht des Käufers lediglich eigenen Interesses, also, wie anderen Ortes dargestellt, um eine Rügepflicht allerweitester Auslegung handelt, dürfte klar sein. Indem nämlich im Falle des Unterlassens der „Rüge" die Ansprüche des Käufers durch Verjährung untergehen.

§ 8.

Wir sahen schon, dass durch positive rechtliche Normen geschriebenen Rechts in früherer Zeit eine Untersuchungs- bezw. Rügepflicht des Käufers bei der Lieferung einer mangelhaften Kaufsache entweder überhaupt nicht

[75]) Vgl. I. W. Jahrg. 1901, S. 848 f., Nr. 30; Recht 1902, S. 504; R. G. Bd. 49, Nr. 38.

[76]) S. 96.

oder doch nur sehr vereinzelt oder aber in sehr dürftiger Weise geregelt ist. Dieser Rechtszustand ist, ganz allgemein betrachtet, bis etwa zu Beginn des 19. Jahrhunderts von Dauer gewesen. Er konnte aber für den besonders seit dem Mittelalter allseits gewaltig emporblühenden Handel infolge der teilweise zu starren, teilweise mangelhaften, teilweise aber zu laxen Bestimmungen des jeweils geltenden bürgerlichen Rechts nicht von Vorteil sein.

Daher musste der Handelsverkehr als solcher aus sich heraus Mittel und Wege finden, um vor allem den Verkäufer der Möglichkeit zu entheben, dass der Käufer noch nach einer gewissen Spanne Zeit nach Ablieferung der Kaufsache Fehler rüge und so den Verkäufer ungerecht lange Zeit im Ungewissen darüber belasse, ob das Geschäft ordnungsgemäss erledigt sei oder nicht. Dann aber sollte auch im Interesse des Käufers die Möglichkeit allgemein geschaffen werden, dass dieser nicht unbedingt an den Kaufvertrag gebunden bleiben sollte, falls innerhalb einer bestimmten Frist nach der Ablieferung der Kaufsache sich Mängel zeigen sollten, die bei der ersten, rechtzeitig angestellten Untersuchung der Ware zu entdecken trotz Anwendung aller Sorgfalt nicht möglich war oder nicht möglich gewesen wäre.

Diese Ziele wurden mangels geschriebenen Rechts erreicht auf dem Wege des Gewohnheitsrechts[77]). Und zwar durch die Handelsusance, welche auf der Grundlage des römischen und kanonischen Rechts ein „gemeines Handelsrecht" schuf[78]). Sie ist überhaupt „die reichhaltigste Quelle der dem Handelsverkehr eigentümlichen Rechtssätze und Rechtsinstitute"[79]). Noch zu einer Zeit, wo auf

[77]) Vgl. dazu auch Lürmann, a. a. O., S. 168.
[78]) Vgl. Gareis, Lehrbuch, S. 9.
[79]) Goldschmidt, Handbuch, S. 316.

andern Rechtsgebieten die schöpferische Kraft des Gewohnheitsrechts längst versiegt war, hatte diese im Kaufmannsstande sich erhalten"[80]). Das erklärt sich aus der Einrichtung der mit Kaufleuten besetzten Handelsgerichte in der damaligen Zeit, wo der praktischen Lebensauffassung gegenüber einer starren Rechtsordnung der Vorzug gegeben wurde, das erklärt sich ferner aus den im Laufe der Zeit an Zahl immer häufiger werdenden kaufmännischen Messen und Börsen, wo die getroffenen Parteiabreden allmählich konstant werdende, vom bürgerlichen Recht abweichende Formen annahmen.

Und dass „trotz allen Schwankens der Gewohnheit"[81]) die Durchführung eines Gewohnheitsrechts gerade auf dem Handelsgebiete insbesondere in umfassenderem Masse wie in den übrigen Rechtszweigen vor sich ging, hat seinen innern Grund des weiteren darin, „dass das Handelsrecht wegen des lebendigen Flusses des Handels sich vollkommen anschmiegendes elastisches Recht erheischt und in der natürlichen Tendenz der Handelsnormen zur universalen Ausbreitung"[82]) . Daraus erklärt sich auch die „Geneigtheit der Juristen, die Sonderstellung der Usance anzuerkennen und zu beachten"[83]).

Es kam daher auch bald dahin, dass die Handelsusance weit überwiegend den Handelsverkehr des Mittelalters regelte[84]). Und gerade vermittels dieser Handelsusance wurde ein Institut geschaffen, das in der Grundidee auch die Rügepflicht unseres heutigen Handelsgesetzbuches trifft, das vor dessen Entstehung und schon vor der Schaffung der Rügepflicht in dem alten Deutschen Handelsgesetzbuche den gesamten Handelsverkehr

[80]) Lehmann in Z. f. H. Bd. 52, S. 11.
[81]) Vgl. Goldschmidt, Handbuch, S. 321.
[82]) Goldschmidt, Handbuch, S. 321.
[83]) Goldschmidt, Handbuch, S. 325.
[84]) Vgl. dazu auch Goldschmidt, Handbuch, S. 318.

beherrschte. Freilich ursprünglich partikulare Norm, weil entstanden unter der Herrschaft des Hamburgischen Rechts, hat es später allgemeine Ausdehnung gefunden.

Es ist das Institut des „merkantilischen Empfanges".[85])

Dasselbe bestand darin, dass der Käufer einer Ware, welcher dieselbe eine für die ordnungsmässige Untersuchung genügende Zeit behält, ohne wegen etwaiger Mängel dem Verkäufer Anzeige zu machen, stillschweigend die Ware als eine kontraktmässige billigt und auf eine Entschädigung für alle bei einer ordnungsmässigen Untersuchung erkennbaren Mängel derselben verzichtet.[86]).

Wir haben es rechtlich mit „einer fingierten Billigung auf Grund einer wirklichen oder fingierten Untersuchung"[87]) der empfangenen Ware zu tun. Eine Fiktion der Billigung ist zu konstruieren, „weil die Ware nicht als unempfangbar zurückgewiesen worden ist"[88]). Indem nämlich einmal in dem Falle, dass der Käufer die Ware wirklich einer Untersuchung unterzieht, aber nicht rügt, die Billigung der Ware durch ihn als vorhanden angenommen wird, andererseits in dem Falle, dass der Käufer nicht untersucht, angenommen wird, er habe tatsächlich eine Untersuchung vorgenommen und, da er nun nicht mehr rügen kann, er habe die empfangene Ware gebilligt.

Die dargelegten Normen sollten sowohl beim Distanzkauf, also bei einem Kauf Anwendung finden, „bei welchem die Ware, um von dem Absendungsorte an den Annahmeort zu gelangen, eine Reise zurücklegen muss",[89])

[85]) Die Streitfrage, ob der merkantilische Empfang erst durch die Handelsusance eingeführt sei, ist hier näher nicht zu erörtern.

Sie ist zudem in der Literatur vorwiegend nach der hier vertretenen Richtung beantwortet.

[86]) Vgl. dazu Lürmann, a. a. O., S. 168; Brinckmann, a. a. O., § 74, S. 300 und 301, Anm. 20.

[87]) Vgl. Thöl, a. a. O., S. 942.

[88]) Thöl, a. a. O., S. 941.

[89]) Cosack, a. a. O., S. 195.

wie auch beim Platzgeschäft, bei welchem die Ware an demselben Orte dem Käufer abgeliefert wird;[90]) bei letzterem natürlich mit den durch dasselbe bedingten Modifikationen[91]). Es ist des weiteren auch ohne Bedeutung, ob die gelieferte Ware im Verhältnis zu der vertragsmässig ausbedungenen ein aliud im eminenten Sinne ist, oder ob sie noch unter den vertraglich festgesetzten Gattungsbegriff fällt, aber mit Qualitätsmängeln behaftet ist. Ein solcher Unterschied ist in den Darstellungen weder der Literatur noch der Praxis, welche sich mit dem Institut des merkantilischen Empfangs befassen, erkennbar.

Ferner ist nach den Grundsätzen des merkantilischen Instituts bei solchen Mängeln, welche bei einer rechtzeitigen Untersuchung zu erkennen nicht möglich war, die Geltendmachung von Ansprüchen noch immer innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist gestattet.

Diese Normen ungeschriebenen Rechts entsprachen der Rechtsauffassung des handeltreibenden Publikums der damaligen Zeit im Sinne der Mängelgewährleistungsfrage in so hohem Masse, dass man sich bald entschliessen musste, sie zu geschriebenen Rechtssätzen zu statuieren. Indem nämlich bei der Anwendung nur ungeschriebenen Rechts ein Rechtszustand von so vollkommener Sicherheit und Gleichmässigkeit nicht möglich ist, wie bei einer Behandlung der Rechtsstreitigkeiten nach festgelegten Sätzen, andererseits die vorhandenen geschriebenen Normen aber, wie bemerkt, den Bedürfnissen des Volkes nicht entsprachen, so war es Sache der Gesetzgebung, die in der Praxis glänzend bewährten Gewohnheitsnormen zum Inhalt einer gesetzlichen Norm zu machen.

Und das trat im Laufe der Zeit in einer grossen Anzahl von Staaten ein, — gerade am ehesten natürlich

[90]) Lehmann-Ring, a. a. O., zu § 377, Anm. 7.
[91]) Vgl. Lürmann, a. a. O., S. 171; Brinckmann, a. a. O., S. 296.

da, wo ausgebildeter Handelsverkehr bestand. Es seien an Staaten überhaupt hier hervorgehoben Bolivia, Brasilien, Mexiko, Chile, (Oesterreich) Ungarn, Italien, Schweiz, Spanien, Portugal und Argentinien.[92]).

§ 9.

Wenn wir nun desweiteren die Entwicklung bestehender handelsrechtlicher Gewohnheitsvorschriften in Verbindung mit den teilweise bestehenden Normen bürgerlichen Rechts bezüglich der Entwicklung der Rügepflicht zu einer rechtlichen Norm geschriebenen Rechts speciell in den europäischen Staaten ins Auge fassen, so ist es Preussen gewesen, das zuerst in seinem „Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten" im Jahre 1857 jene Handelsusance gesetzlich normiert wissen wollte. Dass dabei die von uns an anderer Stelle[93]) dargelegten Erwägungen bezüglich der Schaffung einer Rügepflicht überhaupt massgebend waren, bemerken ausdrücklich die Motive zum Entwurf des Gesetzbuches[94]).

Dieser preussische Entwurf lag den Arbeiten zur Schaffung eines „Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs" im Jahre 1858 zu Grunde. Nach langen und harten Kämpfen — die Meinungen über Umfang und Form der Rügepflicht waren innerhalb der Kommission sehr geteilt — wurde schliesslich der Artikel 264 des Preussischen Entwurfs doch als Artikel 347 in das neue Gesetzbuch im Prinzip aufgenommen. Die hauptsächlichste und weitgehendste Meinungsverschiedenheit trat zu Tage, als ein Teil der Kommission dem Käufer eine Pflicht zur Untersuchung ganz allgemein nicht auferlegt wissen wollte, sondern lediglich eine gesetzliche Bestimmung des

[92]) Citiert nach Borchardt, a. a. O: Bolivia Art. 329, 330; Brasilien Art. 210, 211; Mexiko Art. 279; Chile Art. 154, 155-158, 159; Ungarn Art. 346; Italien Art. 70; Schweiz Art, 246; Spanien Art. 336; Portugal Vrt. 471; Argentinien Art. 472.

[93]) Vgl. S. 17 ff. der Abhandlung. [94]) S. 141.

Inhalts gutheissen wollte, dass der Käufer nur etwá, also gelegentlich entdeckte Fehler dem Verkäufer anzuzeigen verpflichtet sein sollte. Eine Pflicht zur Untersuchung sollte den ersteren danach also nicht treffen. Massgebend für den entgegengesetzten Endbeschluss der Kommission waren wirtschaftliche und juristische Erwägungen.

Einmal berücksichtigte man das beim Mangel einer Rügepflicht allgemeinen Inhalts in unserer Darstellung andern Ortes schon erwähnte ungerechte Spekulieren des Käufers mit den wechselnden Preiskonjunkturen, sodann ging man auch von der Tatsache aus, dass schon längst infolge handelsrechtlichen Gewohnheitsrechts dem Käufer eine Vorschrift des aufzunehmenden Inhalts obgelegen hatte, es sich also um die Neueinführung einer Rechtsvorschrift eigentlich garnicht handele und deshalb ein Bedenken, man könne die Wirkungen einer solch weitgehenden Vorschrift in wirtschaftlicher Hinsicht noch nicht absehen, überhaupt garnicht zu Recht bestehen könne. Juristisch zog man den Umstand in Betracht, dass dem Verkäufer im Falle der Nichteinführung der Rügepflicht des Käufers die Beweisführung, dass er mangelfreie Ware geliefert habe, unter Umständen ganz erheblich erschwert, ja bisweilen unmöglich gemacht werde.

Noch einige Anträge, die aus der Kommission heraus als Abänderungsanträge gegenüber dem Vorschlagsantrage gestellt wurden, seien hier erwähnt, umsomehr als zwei davon schon im Hinblick auf die spätere Gestaltung der Rügepflicht im heutigen Handelsgesetzbuche interessant erscheinen.

Es sollte der Käufer — das bezweckte der eine dieser beiden Anträge — nur dann zur Untersuchung der Ware verpflichtet sein, wenn auch bei seinem Vertragsgegner, dem Verkäufer, die Kaufmannseigenschaft vorhanden

sei[95]). Sodann sollte — dahin ging der andere Antrag — die Rügepflicht den Käufer nicht nur beim Distanz-, sondern auch beim Platzkauf treffen[96]).

Der Inhalt dieser Abänderungs- bezw. Zusatzanträge, denen die Kommission damals noch keinen Geschmack abgewinnen konnte, ist später, wie vorwegbemerkt werden mag, reichsgesetzlicher Inhalt des modernen Handelsgesetzbuches geworden.

Ein weiterer Antrag, der damals innerhalb der Kommission teilweise befürwortet wurde, sollte die Schriftlichkeit der Mängelanzeige bringen. Aber weder damals noch bei der Einführung des heute geltenden Handelsgesetzbuches erschien sein Zweck dem Gesetzgeber geeignet. Dagegen wurde schon damals einem allerdings weitergehenden Antrage eines Abgeordneten die Aufnahme der Ausschliessung einer Rügepflicht des Käufers für den Fall der Arglist des Verkäufers entnommen.

Mit dem erwähnten Antrage sollte in seiner Gesamtheit erreicht werden, dass mit der Abnahme der Ware nicht nur die durch eine Untersuchung feststellbaren, sondern auch die bei Anwendung gehöriger Sorgfalt nicht zu entdeckenden Mängel der Ware als genehmigt zu gelten hätten. Natürlich vorausgesetzt, dass der Verkäufer die Angabe über das Vorhandensein der fraglichen Mängel nicht bewusst unterlassen habe.

Während die Kommission sich für den ersten Teil des Antrages nicht entschliessen konnte — dem ist auch das geltende Handelsgesetzbuch gefolgt —, erhob sie, wie erwähnt, den Schlussteil des Antrages zu Gesetz.

Bei der ablehnenden Haltung gegenüber dem ersten Teile des Antrages ging die Kommission von dem Gesichtspunkte aus, dass mit der Einführung einer Norm solchen Inhalts eine allzugrosse Härte für den Käufer

[95]) Vgl. Protokolle S. 645 f.
[96]) Vgl. Protokolle, S. 647 f.

geschaffen würde. Zu Recht! Denn „Treu und Glauben", die doch sicherlich das Interesse beider Vertragsparteien geschützt wissen wollen, können die Einführung einer nur einseitig wohl günstigen, die andere Seite aber unter Umständen schuldlos stark schädigenden Rechtsbestimmung nicht angebracht erscheinen lassen.

Wenn wir nun jetzt die Unterschiede der hier in Frage stehenden Bestimmungen des A.D.H.G.B. gegenüber dem eigentlichen Vorläufer derselben, dem Institut des merkantilischen Empfangs, zusammenstellend erwähnen wollen, so fallen uns zwei bedeutende Abweichungen in die Augen. Die erste besteht darin, dass gegenüber dem merkantilischen Empfang, welcher Geltung sowohl bei Platz- wie bei Distanzgeschäften beanspruchen durfte, die Vorschriften des A.D.H.G.B. nur bei letzteren eine Anwendung zuliessen. Der weitere höchst wichtige Unterschied ist der, dass der Inhalt des Art. 347 A.D.H.G.B. nur beim Vorliegen von Qualitätsmängeln Platz griff,[97] während das Institut des merkantilischen Empfanges bedeutend weiter ging und auch den Fall des Vorhandenseins von Quantitätsmängeln umfasste, also auch den Fall, dass ein aliud, plus oder minus, also eine Ware geliefert war, die ihrer Art oder Quantität nach nicht Gegenstand der Bestellung war.

Die Vorschriften des Art. 347 A.D.H.G.B. wiederum sind beim Abschluss der Neugestaltung des Handelsrechts im Jahre 1897 „im Prinzip beibehalten worden."[98] Die Veranlassung dazu gaben, was, wie bemerkt, aus den Motiven zu dem Gesetz zu ersehen ist, auch hier die schon eingangs der Abhandlung aufgeführten „für eine sichere

[97] Das ist freilich eine grosse Streitfrage, die jedoch von der Praxis sowohl wie auch überwiegend von der theoretischen Literatur entsprechend der hier vertretenen Ansicht entschieden worden ist.

[98] Düringer-Hachenburg, a. a. O., zu § 377 Note I.

und rasche Klärung der Verhältnisse im Handelsverkehr" erforderlichen Momente.

Die einzelnen hervorragenderen Abweichungen, welche zwischen den in Frage stehenden Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches und des modernen Handelsgesetzbuches bestehen, des näheren zu erörtern, sei dem nächsten Teile der Abhandlung gelegentlich der Untersuchung der Voraussetzungen der Rügepflicht nach modernem Handelsrecht vorbehalten.

Zweiter Teil.

§ 10.

Der § 377 des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897 setzt in seinem ersten Abschnitt die Untersuchungs- und Anzeigepflicht des Käufers im Falle der mangelhaften Sachlieferung formell einander gleich, indem er bestimmt, dass der Käufer — beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen — die Ware . . . . . zu „untersuchen" **und** . . . . . dem Verkäufer „Anzeige" zu machen **hat.**

Es mag daher auf den ersten Blick scheinen, dass den Käufer eine rechtliche Untersuchungspflicht neben einer rechtlich statuierten Anzeigepflicht treffen soll.

In seinem zweiten Absatz knüpft der gleiche Paragraph aber nur an das Unterlassen der Anzeige die den Käufer deshalb treffende Rechtsbenachteiligung, nämlich die Tatsache der Genehmigung einer zur Zeit der rechtgemässen Untersuchung erkennbaren Mangelhaftigkeit der Kaufsache. Daraus schliessen wir, einmal, dass wir die Untersuchungspflicht nicht als eine der Anzeigepflicht koordinierte Rechtsverpflichtung anzusehen haben, sodann, dass sie ganz allgemein natürlicher Weise zwar Vorbedingung einer rechtgemässen Mängelanzeige, nicht aber rechtlich Pflicht neben derselben in dem Sinne ist, dass sie mit derselben notwendiger Weise Hand in Hand zu gehen hätte. Dem steht auch nur scheinbar die Tatsache entgegen, dass eine Untersuchung ohne erfolgte Anzeige eine Rechtswirkung herbeizuführen nicht vermag.

Aus den dargelegten Gesichtspunkten bringt Staub[1]) auch das Moment der Untersuchung in ein der Mängelanzeige untergeordnetes Verhältnis und spricht von einer Ebenbürtigkeit der Untersuchungs- und Anzeigepflicht nur

[1]) Staub, a. a. O., Anm. 11 zu § 377.

nach dem strengen Wortlaut des Gesetzes. Er hält schon nach der Natur der Sache die Untersuchung als eine Grundlage der Mängelanzeige nur insofern, als der Käufer zwar berechtigt, aber nicht notwendiger Weise verpflichtet ist, letztere auf eine Untersuchung der Ware[2]) zu stützen. Eine rechtliche Verpflichtung des Käufers, eine Untersuchung der Kaufsache vorzunehmen, aber bestehe ganz und gar nicht.[3])

Eine Mängelanzeige ist also auch rechtswirksam, wenn der Käufer überhaupt keine Untersuchung vorgenommen oder aber, wenn er nur sehr oberflächlich eine solche bewirkt hat, sofern sich nur Mängel an der Ware finden lassen, die geeignet erscheinen, die erfolgte Anzeige im Sinne des Käufers zu rechtfertigen. Woher der Käufer, wenn er überhaupt Kenntnis von einer faktischen Fehlerhaftigkeit hatte, diese bekommen hat, ist ebenfalls ganz gleichgültig.

Zwar könnte man hier einwenden, eine solche auf gut Glück losgelassene Mängelrüge widerstreite der bona fides, die, wie erwähnt, doch gerade das Verhältnis zwischen Kaufleuten beherrschen solle, nach jeder Richtung hin. Demgegenüber geben wir aber zu bedenken, dass eine rechtliche[4]) Schwierigkeit in dieser Hinsicht nicht entstehen kann, da der § 377 Abs. 2. H.G.B. lediglich die formelle Anzeige erfordert.

Die nach Staub oben dargelegte Auffassung von der Untersuchungs- und Anzeigepflicht findet sich in der Literatur auch bei fast allen in Betracht kommenden Schrift-

---

[2]) bezw. des Wertpapiers. Wenn im folgenden von der Rügepflicht der Ware (oder einer Sache) gesprochen wird, so ist darin auch stets das Wertpapier einbegriffen. Vgl. jedoch S. 94 ff. der Abhandlung.

[3]) Staub, a. a. O., Anm. 12 zu § 377.

[4]) Es kann sich vielmehr lediglich um eine in der Moral begründete Verpflichtung handeln, dass der Mängelrüge eine ordnungsgemässe, Mängel ergebende Untersuchung voraufgehe.

stellern vertreten.[5]) Auch die Praxis hat in konstanter Rechtsprechung bis in die neueste Zeit hinein an der dargelegten Auslegung festgehalten.[6])

Insoweit nämlich die frühere Judikatur oder wissenschaftliche Forschung in Anlehnung an Rechtsbestimmungen erfolgt sind, deren Beibehaltung auch im neuen Handelsgesetzbuche ausgesprochen ist, sind jene natürlicher Weise bei der Beurteilung von Rechtsfragen noch heute verwertbar.

Die Untersuchung — dahin haben sich nun das ehemalige Reichsoberhandelsgericht und anschliessend das Reichsgericht gelegentlich einer Reihe ihrer Entscheidungen deutlichst ausgesprochen — „hat für die Frage der Fristeinhaltung nur insofern Bedeutung, als das Mass von Zeit, welches für eine ordnungsgemässe, dem Zwecke entsprechende Untersuchung erforderlich ist, die Grundlage für die Entscheidung darüber bildet, innerhalb welcher Zeit nach der Ablieferung der Ware die Mängelrüge erfolgen muss"[7]).

Die Theorie hat Entscheidungen nach dieser Richtung wesentlich nicht bekämpft[8]).

Worauf es uns ankam festzustellen:

Die heutige Untersuchungspflicht ist keine den Käufer treffende Rechtsverpflichtung, dergestalt wie sie wohl die Mängelrügepflicht ist.

5) z. B. Düringer-H., a. a. O., S. 289; Makower, a. a. O., S 1188; Gareis-Fuchsberger, a. a. O., S. 739, Note 135; Busch a. a. O., Bd. 18, S. 461 ff; Bd. 43, S. 316.
A. M. z. B. Adler-Clemens, a. a. O., Nr. 866.

6) z. B. R. O. H. G. Bd. 5, S. 252; Bd. 12, S. 8, 92; Bd. 13, S. 10: Hier wird von einer nur »scheinbaren rechtlichen Untersuchungspflicht« des Käufers gesprochen. »Es ist rechtlich nicht einmal erforderlich, dass der Käufer die Ueberzeugung vom Vorhandensein der Mängel überhaupt hatte.« Vgl. weiter R. O. H. G. Bd. 14, S. 157, 265; Bd. 15, S. 270 ff; R. G. Bd. 47, S. 24; Bolze, a. a. O., Bd. 18, Nr. 439; I. W. Jahrg. 1898, Nr. 40, S. 16, 1902, Nr. 32, S. 425.

7) R. G. Bd. 47, S. 23; vgl. auch S 24.

8) Vgl. dazu u. a. von Hahn, a. a. O., S. 295; Stübel, a. a. O., S. 427.

Dass aber andererseits der Käufer in seinem eigenen Interesse eine genaue Untersuchung der gekauften Ware zur Grundlage seiner Mängelanzeige mache, erhellt aus folgendem.

Nimmt der Käufer überhaupt ohne eine Prüfung der Kaufsache oder aber ohne eine gehörige Prüfung derselben eine Rüge aufs Geratewohl vor, so läuft er stets Gefahr, dass sich die Haltlosigkeit seiner Rüge hinterher ergebe. Dann aber wird er dem Verkäufer für alle infolge der fälschlich gemachten Mängelanzeige entstandenen Unkosten und für den durch dieselbe erwachsenen sonstigen Schaden infolge seines schuldhaften Verhaltens ersatzpflichtig.[9]) Will der Käufer des weiteren noch nach Ablauf der für die Anzeige jeweils als gegeben zu erachtenden Zeitabschnittes Fehler rügen, so muss er den Beweis erbringen, dass diese während der genannten Frits trotz Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht erkennbar waren. Das wird im allgemeinen aber nur dann möglich sein, wenn er rechtzeitig eine ordentliche Prüfung der Ware auf ihre Beschaffenheit vorgenommen hat.[10]).

Da man demnach eine rechtliche Pflicht zur Untersuchung in dem Sinne, dass ohne ihre Erfüllung die Anzeige rechtsunwirksam ist, nicht als bestehend anzuerkennen hat, so haben wir im folgenden lediglich von einer Mängelrügepflicht zu sprechen und die also für sie vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen festzulegen und teilweise einer näheren Erörterung zu unterziehen.

Damit nämlich die Normen des Handelsgesetzbuches, welche die Rügepflicht des Käufers bezw. die Ausschliessung derselben regeln, im Einzelfalle zur Anwendung gelangen sollen, ist jeweils eine Reihe von Voraussetzungen

[9]) Vgl. dazu auch R. G., Bd. 47, S. 23.

[10]) Lehmann-R., a. a. O., zu § 377, Anm. 20: Der selbständige Wert der Untersuchung ist aus diesem Gesichtspunkte heraus lediglich ein prozessualer.

sowohl hinsichtlich der Art und des Charakters des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts und damit auch des Rechtscharakters der Vertragsparteien, als auch inbezug auf die Natur des Vertragsobjektes zu erfüllen.

Die Rechtsbedeutung, welche diesen Voraussetzungen zukommt, ist im Prozess eine so hervorragende, dass das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungsmomente des § 377 H.G.B., auch ohne dass Käufer oder Verkäufer sich auf deren Nichtvorhandensein berufen, von dem Richter im einzelnen Falle von Amtswegen zu prüfen ist[11]).

§ 11.

Das Handelsgesetzbuch knüpft die Rechtsregel des § 377 — neben anderen Voraussetzungen — zunächst an ein zu Grunde liegendes Kaufgeschäft an. Da wir schon sahen, dass die Rechtsvorschriften des Bürgerlichen und des Handelsgesetzbuches ergänzend nebeneinander bestehen, das Handelsgesetzbuch uns aber mit dem Wesen des Kaufs nicht vertraut macht, sondern nur speziellere Vorschriften über dieses Rechtsgeschäft enthält,[12]) so haben wir die hier erforderliche Begriffsbestimmung eines Kaufes den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches zu entnehmen.

Der Kauf ist, wie überhaupt so auch im Handelsverkehr, ein den Umsatz von Sachen gegen Geld bezweckender, daher wesentlich zweiseitiger Vertrag. Das Bürgerliche Gesetzbuch (vgl. § 433) begrenzt die Rechte und Pflichten, welche dem Verkäufer bezw. dem Käufer aus diesem Rechtsgeschäft erwachsen, folgendermassen: „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das

[11]) Vgl. R. O. H. G. Bd. 23, S. 171; R. G. Bd. 5, S. 30; Recht Jahrg. 1903, S. 103.

[12]) Vgl. auch Lehmann-R., a. a. O., zu § 377 Vorbemerkung (Anmerkung 1.)

Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer eines Rechts ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen, und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben. Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen".

Da nun das Handelsgesetzbuch im § 377 als zu Grunde liegendes Rechtsgeschäft schlechtweg einen Kaufvertrag bedingt, so haben wir auch die besonderen Arten des Kaufes: „Kauf nach Probe oder nach Muster", „Kauf auf Probe oder auf Besicht" und „Kauf zur Probe" den in Frage stehenden Rechtsregeln des Handelsgesetzbuches unterstellt zu betrachten.[13]) Vorausgesetzt ist aber, wie wir des näheren noch sehen werden, dass bei dem rechtlich suspensiv bedingt abgeschlossenen „Kauf auf Probe" die Bedingung eingetreten sei, dass der Käufer die empfangene Ware gebilligt habe, und dass somit der Kaufvertrag zu einem unbedingten, perfekt abgeschlossenen geworden sei.[14]) Wie überhaupt beim Abschluss eines aufschiebend bedingten Kaufvertrages die gestellte Bedingung eingetreten sein muss, damit die Verpflichtung aus §§ 377 f. H.G.B. sich ergebe.

Neben diesen Abarten des regulären Kaufvertrags geben des weiteren alle diejenigen Verträge des Bürgerlichen Gesetzbuches die Grundlage für eine Mängelrüge, welche kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift den Regeln des Kaufvertrages unterworfen sind, sofern sie auch die sonstigen später zu erörternden Voraussetzungen des § 377 H. G.B. erfüllen.

---

[13]) Staub hält das für selbstverständlich. (a. a. O. Anm. 1 zu § 377.)

[14]) Vgl. R. O. H. G. Bd. 10, S. 144; Lehmann-R., a. a. O., zu § 377 Anm. Nr. 7.

Es sind das die sogenannten kaufähnlichen Geschäfte.[15])

Hierhin ist zunächst der Tausch zu rechnen (vgl. § 515 B.G.B.),[16]) der ja recht eigentlich der Verläufer des Kaufes zur Zeit der Natural-, also vor Einführung der Geldwirtschaft gewesen ist. Dazu sei gleich hier bemerkt, dass aus der Tatsache, dass auch der Tausch den Regeln von der Rügepflicht nur dann untersteht, wenn er ein Handelstausch, also ein Vertrag ist, der sich als ein Handelsgeschäft darstellt und bei dem die Vertragsobjekte auf beide Seiten Waren oder Wertpapiere sind, zu folgern ist, dass ein Tausch z.B. von Grundstücken gegen Wertpapiere oder von Waren gegen Forderungen, welche nicht durch Wertpapiere verbrieft sind, nicht hierher gehört.[17])

Als den Bestimmungen der §§ 377 ff. H.G.B. eventuell unterworfen ist weiter hier der sogenannte Werklieferungsvertrag zu erwähnen, durch welchen sich der Unternehmer verpflichtet, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, sofern es sich um die Herstellung einer vertretbaren Sache handelt. (Vgl. § 651

[15]) Unter der Herrschaft des A. D. H. G. B. war das sehr bestritten.

Man neigte sogar mehr dazu, nur reine Kaufgeschäfte der Regel des Art. 347 zu unterstellen. Vgl. Näheres bei Hanausek a. a. O., I. S. 200 ff; daselbst auch Anm. 2 auf S. 201, Anm. 4 auf S. 202.

[16]) Vgl. auch u. a. Makower, a. a. O., S. 1071; Lehmann-R., a. a. O., zu § 377, Anm. Nr 5; Staub, a. a. O., im Exkurs vor § 373, Anm. 2 (unten); Stübel, a. a. O., S. 409.

A. M. Adler-Clemens, a. a. O., Nr. 1574.

[17]) Im Falle des sogenannten uneigentlichen Barottogeschäfts, das an sich ein Tauschgeschäft ist, liegen zwei Kaufgeschäfte vor. (Vgl. Lehmann-R., a. a. O., zu § 377 Anm. Nr. 5.) Es werden dabei nicht lediglich Waren getauscht, sondern »von beiden Kontrahenten zwar Waren hingegeben, aber die Leistung jeden Teils in Geld angeschlagen und festgesetzt, sodass entweder die Preise sich gleichstehn oder der eine Teil dem andern zur Ausgleichung noch eine Zahlung macht oder verspricht.« (R. O. H. G. Bd. 5, S. 419 f.)

B.G.B.) Auf einen Vertrag dergestalt, dass der Unternehmer ebenfalls aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe, aber eine nicht vertretbare Sache herzustellen hat, bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch die Anwendung teilweise von Bestimmungen über den Werkvertrag, teilweise von Vorschriften über den Kaufvertrag. Es könnte daher zweifelhaft erscheinen, ob unter Umständen auch ein solcher Vertrag der Verpflichtung aus § 377 H.G.B. zu unterwerfen sei. Die Denkschrift zum Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches[18]) erachtet einen sachlichen Grund für das Gegenteil nicht als vorhanden. In Ausführung dieser Ansicht ist deshalb im § 381, Satz 2 H.G.B., um alle Zweifel zu beseitigen, eine ausdrückliche Bestimmung dahin aufgenommen worden, dass auch ein solcher Vertrag den in Frage stehenden Vorschriften beim Hinzutreten der weiteren gesetzlichen Voraussetzungen zu unterstellen sei.

Darin haben wir eine durchgreifende Aenderung gegenüber dem bisherigen Recht zu finden.[19])

Der Fall des gewöhnlichen Werkvertrages aber, bei welchem der Besteller des herzustellenden Werkes entweder den Stoff hierzu liefert oder die schon fertige Sache zur Reparatur übergibt, untersteht, um das ausdrücklich hervorzuheben, lediglich den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches.[20]) Ob hier nun der Grundsatz von Treu und Glauben unter Umständen eine Rügepflicht als bestehend erscheinen lassen kann,[21]) ist nur nach Lage des konkreten Falles und unter Berücksichtigung etwaiger besonderer Momente, wie z.B. des Bestehens einer dahinzielenden Gewohnheit zu entscheiden. Dass insbesondere für den Fall, dass beide Vertragsteile Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuches sind, eine solche

[18]) S. 228.
[19]) Vgl. Art. 338 A. D. H. G. B.
[20]) Vgl. dazu Busch, a. a. O., Bd. 18, S. 87.
[21]) Vgl. auch S. 52 f. der Abhandlung.

Rügepflicht auch beim Werkvertrage für den Abnehmer durch das Bestehen diesbezüglicher Handels-gewohnheiten und -gebräuche sich ergeben kann, ist aus § 346 H.G.B. zu folgern.

Kraft ausdrücklicher Vorschrift des § 391 H.G. B. endlich hat das Gesetz die Rechtsgrundsätze über die Mängelrüge noch auf die Einkaufskommission ausgedehnt, indem es bestimmt, dass, falls eine Einkaufskommission erteilt ist, die für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, in Bezug auf die Verpflichtung des Kommittenten, das Gut zu untersuchen und dem Kommissionär von den entdeckten Mängeln Anzeige zu machen, sowie in Bezug auf die Sorge für die Aufbewahrung des beanstandeten Gutes und auf den Verkauf bei drohendem Verderbe die für den Käufer geltenden Vorschriften der §§ 377 bis 379 entsprechende Anwendung finden sollen.

Dem alten Handelsgesetzbuch war eine Vorschrift letzteren Inhaltes fremd. Eine analoge Anwendung des Art. 347 A.D.H.G.B. auf Kommissionsverträge wurde von der Rechtsprechung unter Begründung der völligen Verschiedenheit der fraglichen rechtlichen Verhältnisse verworfen.[22]) Nur lediglich dann, wenn der Kommissionär als Selbstkontrahent eintrat, wurde das Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär von der Judikatur den Regeln des Kaufvertrags unterstellt.[23]) Dass aber „die Verschiedenheit der Beurteilung, welcher hiernach das Verhalten des Kommittenten unterliegt, jenachdem die Kommission in der einen oder andern Weise zur Ausführung gelangt, sich als ein Uebelstand darstellt", ist in der Denkschrift zum zweiten Entwurf eines Handelsgesetzbuches[24]) ausdrücklich hervorgehoben. Es wird hier auch

22) Vgl. z. B. R. O. H. G. Bd. 21, S. 147; Bd. 25, S. 214.
23) Vgl. demgegenüber aber Hanausek, a. a. O., I S. 203 f.
24) S. 253.

weiter m. E. zu Recht dargelegt, dass ein Grund nicht ersichtlich ist, weshalb man den Kommittenten von einer Pflicht entbinden solle, die den Käufer treffe, indem doch der Kommissionär ebenso wie der Verkäufer ein sehr berechtigtes Interesse daran habe, alsbald in Erfahrung zu bringen, ob die gelieferte Ware seitens des Kommittenten beanstandet werde oder nicht.

Eine analoge Ausdehnung der heutigen Bestimmung der eventuellen Unterstellung der Einkaufskommission unter die Regeln von der Mängelrüge auf die Verkaufskommission ist rechtlich schon mit Rücksicht darauf abzulehnen, dass der Gesetzgeber durch eine ausdrückliche Unterwerfung speciell nur der Einkaufskommion unter die Vorschriften der §§ 377 ff. H.G.B. gerade die Verkaufskommission von letzteren nicht betroffen wissen wollte.

Damit aber all' die aufgeführten Rechtsgeschäfte eine Anwendung der handelsrechtlichen Vorschriften der Mängelrüge begründen können ,ist zunächst erforderlich, dass der Kauf und ebenso alle miteingeschlossenen Rechtsgeschäfte auch wirklich abgeschlossen sind, d.h. also dass die das rechtsgültige Entstehen eines Kaufvertrages bedingenden Momente der Willenseinigung der Vertragsparteien über Ware und Preis erfolgt sind.[25]) Die Festsetzung des Preises muss derart getroffen sein, dass sie der Willkür einer Partei entrückt ist und ohne weitere Zustimmungserklärung der Parteien objektiv erfolgen kann. Dass beim Kaufvertrag die für die Ware festgesetzte Gegenleistung ausdrücklich in Geld angegeben sein muss, stellt Endemann fest.[26]) Dem ist sachlich m. E. nichts entgegenzuhalten.

[25]) Vgl. Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note II. 1; R. O. H. G. Bd. 10, S. 144; I. W. Jahrg. 1900, Nr. 15, S. 297; Bolze, a. a. O., Bd. 13, Nr. 432.

[26]) Endemann, Handbuch II., S. 551.

Schon aus dem Umstande nun, dass die Anwendung des § 377 H.G.B. einen fest und zwar vollkommen perfekt abgeschlossenen Kaufvertrag zur Grundlage bedingt, ist die Unterstellung des Falles der Zusendung unbestellter Ware auch von Kaufmann zu Kaufmann unter die Regeln von der Mängelrüge zunächst abzulehnen. Liefert doch in diesem Falle der Verkäufer, wenn wir ihn kurzweg auch hier so nennen wollen, nicht in Erfüllungsabsicht, sondern nur zum Zwecke des Angebots. Er ist der Offerent, der durch sein Angebot den Empfänger desselben zur Annahme der Offerte bestimmen will. Erst mit der Annahme dieser Offerte aber haben wir, sofern der Preis der Ware zugleich seine Bestimmung erfahren hat, einen fest abgeschlossenen Kaufvertrag als gegeben und daher demnächst diesen Kauf sowohl hinsichtlich der bei einer rechtzeitigen, ordentlichen Untersuchung erkennbaren Mängel als genehmigt zu betrachten, als auch hinsichtlich der nicht sofort entdeckbaren Fehler, wenn der Käufer nicht in der durch die Umstände des Einzelfalles und die Beschaffenheit der Ware jeweils als gegeben zu erachtenden Frist von der Annahme der Offerte bezw. bei nicht sofort auffindbaren Mängeln von der Entdeckung ab[27]) das Vorhandensein der Mängel dem mit der Annahme der Offerte in seiner Rechtseigenschaft erst zum Verkäufer gewordenen Offerenten erstattet.[28])

Diese Regeln beziehen sich auf den Fall der ausdrücklichen und widerspruchslosen Annahme der erstatteten Offerte seitens des „Käufers".

Notwendiger Weise braucht dies naturgemäss nicht der Fall zu sein; ja in einer überaus grossen Fülle von Fällen des täglichen Lebens ist es nicht der Fall. Hier

[27]) Vgl. S. 78. ff. der Abhandlung.
[28]) Vgl. zu unserer Entscheidung: R. O. H. G. Bd. 10, S. 144; I. W. Jahrg. 1900, Nr. 15, S. 297.

entsteht die Frage, ob nicht in solchen Fällen, in denen, wie hervorgehoben, prinzipiell eine Mängelanzeigepflicht für den Oblaten ursprünglich nicht besteht, im Laufe der Zeit eine solche durch das Hinzutreten gewisser, in der Person des Antragsempfängers liegender Umstände nicht doch zur Entstehung gelangen, der Kaufvertrag also auch ohne ausdrückliche Annahme der Offerte zustandekommen kann. Denn letzteres bliebe Vorbedingung zur weiteren Entstehung einer Rügepflicht.

Dass etwa durch einen an bestimmten Orten oder gar innerhalb eines grösseren Landesteiles bestehenden Handelsbrauch, der in dem Falle der Zusendung unbestellter Ware dem Empfänger eine Mängelanzeigepflicht bei Vermeidung der Genehmigung der Ware auferlegen will, die Vorschriften der §§ 377 ff. H.G.B. nach der fraglichen Richtung abgeändert oder beschränkt werden könnten, ist nicht anzuerkennen.[29])Ja selbst nicht einmal eine Pflicht des Empfängers, die zugesendete Ware lediglich zur Disposition des Absenders zu stellen, wie sie tatsächlich auch nicht besteht, könnte auf diesem Wege ohne weiteres geschaffen werden.

Entscheidend für die hier aufgeworfene Frage sind stets die Verhältnisse des einzelnen Falles[30]). Eine allgemeine Rechtsregel lässt sich als Beantwortung unserer Frage nicht aufstellen.

Festzuhalten ist zunächst, dass schon der Zusatz von Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Aenderungen zu der Annahmeerklärung der Offerte gemäss § 150 Abs. 2. B.G.B. als Ablehnung derselben, verbunden mit einem neuen Antrage, zu gelten hat. Eine Ablehnung des Antrages liegt desweiteren stets in dem Falle vor,

[29]) Vgl. dazu R. O. G. Bd. 16, S. 132.
[30]) Vgl. dazu R. O. H. G. Bd. 16, S. 132; I. W. Jahrg. 1900, Nr. 15, S. 297.

wenn der Absender dem Empfänger einen bestimmten Zeitraum zur Annahme des Antrages gestellt und letzterer die Frist stillschweigend hat verstreichen lassen. In diesem Stillschweigen des Oblaten könnte nicht etwa eine Genehmigung erblickt werden, sondern der Ablauf der Frist bringt das Nichtzustandekommen des Kaufvertrages mit sich. Das beruht rechtlich nicht etwa auf der Nichterklärung des Empfängers, sondern auf dem Erlöschen des nur für die fest abgegrenzte Zeit für den Absender rechtsverbindlichen Antrages. (Vgl. § 148 B.G.B.)

An sich ist überhaupt das Stillschweigen des Empfängers auf eine ihm gemachte Offerte grundsätzlich bedeutungslos, da in der Regel nach der Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuchs (arg. § 151) eine rechtswirksame Annahmeerklärung dem Absender gegenüber ausdrücklich erklärt werden muss. Nur in zwei Fällen lässt das Gesetz aus dem Stillschweigen des Empfängers auf die Offerte den Schluss der Annahme derselben zu. Es braucht nämlich die Annahme des Antrages dem Antragenden gegenüber nicht erklärt zu werden, einmal, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist, sodann, wenn der Antragende auf sie verzichtet hat. (§ 151 B.G.B.)

Inwieweit nun aber in dem Stillschweigen des Empfängers der Offerte ein unzweideutiger Schluss auf die Annahme derselben zu finden ist, lässt sich, wie erwähnt, allgemein nicht sagen.

Abzulehnen ist ein solcher Schluss, wie unbestritten feststeht, jedenfalls für den Fall der blossen Empfangnahme der Sendung. Darin kann eine Willenserklärung des Empfängers dahin, den Vertragsantrag anzunehmen, noch nicht gefunden werden; ebensowenig ist dies aus der vorbehaltlosen Entgegennahme der

Warenrechnung zu schliessen.[31]) Assmann[32]) rechnet hierher auch den Fall, dass einer unbestellten Sendung die Benachrichtigung von ihrer Ankunft an den Empfänger voraufgegangen ist und letzterer dieselbe in Kenntnis ihres Inhalts und ihrer Eigenschaft als unbestellte Ware angenommen hat. Er legt dem Umstande, dass der Adressat die zugesandte Sache in Empfang genommen hat, m E. mit Recht lediglich die Bedeutung bei, dass der Empfänger dieselbe nur in der Absicht bei sich aufgenommen hat, um ihren Ankauf zu erwägen, nicht aber, dass er die Zusendung schon gebilligt habe.

Verharrt der Empfänger nach solchem Verhalten nun längere Zeit in Stillschweigen, oder aber gibt er dem Absender keine ablehnende Nachricht in einem Falle, in dem er zum Zwecke der Prüfung, ob er die zugesendete Ware behalten solle, etwa Kisten oder Ballen geöffnet[33]) oder Waren aus der Verpackung herausgenommen hat[34]) — Handlungen, die an sich noch keine Genehmigung bedeuten —, so hat man dann eine Annahme des Kaufantrages seitens des Empfängers als erfolgt zu betrachten. Denn in all diesen Fällen würde in dem Schweigen des Empfängers, ohne die Absicht, die zugesendete Sache zu behalten, ein Verstoss gegen Treu und Glauben zu erblicken sein. Eine Genehmigung hat man unter Umständen auch schon in längerem Behalten einer von einem Kaufmanne wiederum einem Kaufmann unbestellt zugesendeten Ware zu finden, wenn zwischen Absender und Empfänger schon ein längerer Geschäftsverkehr besteht[35]), besonders, wenn derartige Zusendungen unter

[31]) Vgl. Assmann, a. a. O., S. 69.
[32]) a. a. O., S. 124.
[33]) G. Z. Bd 17, S. 244.
[34]) Busch, a. a. O., Bd. 30, S. 157.
[35]) Vgl. Bolze, a. a. O., Bd. 13, Nr. 432; Gareis, Stellen zur Disposition, S. 177; Düringer-H., a. a. § O., zu 377 Note II 1.

stillschweigender Annahme der Offerte schon früher erfolgt sind, oder aber in dem Falle, dass ein Kaufmann mit bestellten Waren zugleich unbestellte zugeschickt erhält und stillschweigt. Der Kauf hat alsdann auch rücksichtlich der nichtbestellten Sachen als genehmigt zu gelten.[36]) Sendet der Antragsempfänger — auch ohne irgend eine weitere Bemerkung — den Kaufpreis für die zugesendete Sache ein, so ist in einem solchen Verhalten zweifellos eine Annahme der Offerte zu erblicken[37]). Desgleichen dann, wenn er von einer Sendung, die ein unteilbares Angebot darstellt, auch nur einen Teil für sich verbraucht,[38]) oder aber, wenn er bei einer teilbaren Sendung in einem Antwortschreiben nur einen Teil der Waren ausdrücklich ablehnt. Der andere Teil, hinsichtlich dessen er eine Erklärung nicht abgibt, gilt alsdann als fest gekauft.

Die Zahl solcher Beispiele liesse sich noch erheblich vermehren.

Wir sehen, dass man also in konkludenten Handlungen des Oblaten, die unter Umständen auch in einem reinen Unterlassen bestehen können,[39]) je nach Lage des Einzelfalles das Zustandekommen eines Kaufvertrages und mithin auch das Entstehen einer Mängelrügepflicht nach §§ 377 ff. H.G.B. für den nunmehrigen Käufer unter Umständen erblicken kann.

Das ist sowohl von der Rechtsprechung zur Zeit der Geltung des A.D.H.G.B. des öftern ausgesprochen worden,[40]) als auch hat die neuere Judikatur sich unbedenk-

36) Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 56, S. 170.
37) Vgl. auch Assmann, a. a. O., S. 75.
38) Assmann. a. a. O., S. 53.
39) Vgl. R. G. Bd. 54, S. 176, 213; Sächs. Archiv Bd. 10, S. 768.
40) z. B. R. O. H. G. Bd. 1, S. 81; 3, S. 113; 4, S. 205; 15, S. 96; 16, S. 41; 22, S. 30; Sächs. Archiv Bd. 8, S. 451.

lich den Entscheidungen nach dieser Richtung angeschlossen.[41])

Festzuhalten ist allerdings, dass auch nach Handelsbrauch Schweigen auf einen Vertragsantrag in der Regel nicht als Genehmigung zu gelten hat.[42])

Die Frage, nun, ob im Falle der ausdrücklichen oder stillschweigenden Annahme des Vertragsantrages die Mängelrügepflicht erst mit dem Zeitpunkte der Annahme der gemachten Offerte durch den Empfänger oder aber schon mit dem Empfange der zugesendeten Waren, also rückwirkend, beginne, hat in der Literatur zum Teil zu strittigen Erörterungen Anlass gegeben.

Ich halte das erstere für selbstverständlich. Und zwar aus folgenden Gründen.

E i n m a l wird, wie wir sahen, erst in dem Augenblicke, wo der Käufer entweder seine Entschliessung, die Offerte anzunehmen, dem „Verkäufer" ausdrücklich kundgibt,[43]) oder aber, wo der Schluss auf die Annahme der Offerte aus dem Verhalten des Antragsempfängers tatsächlich möglich geworden ist, durch die nunmehrige Perfektion des Kaufvertrages der ersten, grundlegenden Voraussetzung zur Anwendung des § 377 H.G.B. genügt, sodass erst von diesem Zeitpunkte ab die rechtsgeschäftliche Basis für eine Mängelrügepflicht vorhanden und mithin beim Hinzutreten der weitern gesetzlichen Voraussetzungen erst jetzt die Schlussfolgerung aus der unterlassenen Anzeige rechtlich möglich ist.

Dass im Falle der stillschweigenden Annahme des Vertragsantrages der für den Verkäufer unter Umständen wichtige Beweis oft recht schwierig sein dürfte, wann

41) Vgl. z. B. R. G. in I. W. Jahrg. 1903, S. 102, Nr. 18 und S. 183, Nr. 40; R. G. Bd. 54, S. 180; Bd. 57, S. 409, Bd. 58, S. 69; Bd. 59. S. 350.

42) O. L. G. Bd. 8, S. 28

43) Es gilt die Empfangstheorie: Die Annahme der Offerte bedeutet eine empfangsbedürftige Willenserklärung.

die Schlussfolgerung der Genehmigung des Käufers zeitlich unzweideutig zuerst möglich war, um festzustellen, von wann ab eine Mängelrügepflicht für den Käufer bestanden habe, kann nicht verkannt werden. Gerade der Umstand, dass dem Antragsabsender in vielen Fällen der Beweis nicht gelingt, die Offerte sei stillschweigend schon eine längere Zeit vor Erhebung der Klage angenommen worden, als der Empfänger zu einer Untersuchung der Ware beanspruchen könne, bedingt recht häufig eine Abweisung der Klage des „Verkäufers".

Sodann hat der Offertenempfänger ja auch gar kein Interesse daran, selbst in Erfahrung zu bringen, ob die ihm unfreiwillig zugesendete Ware mit Mängeln behaftet sei, solange er sich über das Behalten derselben nicht schlüssig gemacht hat; ebensowenig Interesse wird er regelmässig während dieser Zeit daran haben, dem Offerenten von einer Mangelhaftigkeit der zugesendeten Sache Anzeige zu geben.[44])

Auf eins ist hier noch hinzuweisen: Die Tatsache, dass nur ein perfekt abgeschlossener Kaufvertrag unter Umständen die Grundlage für eine Mängelrüge abgeben kann, lässt die Anwendung der Vorschriften für letztere weder bei einem nichtigen noch bei einem bereits angefochtenen Kaufe zu; indem nämlich einmal beim Vorliegen eines nichtigen Rechtsgeschäfts Ansprüche aus Sachmängeln rechtlich überhaupt nicht zur Entstehung gelangen können, sodann das anfechtbare Rechtsgeschäft nach erfolgter Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen ist. (§ 142, Abs. 1 B.G.B.) Solange andererseits bei einem nur anfechtbaren, den Regeln der §§ 377 ff. H.G.B. an sich aber unterworfenen Kaufvertrage eine Anfechtung nicht erfolgt ist, trifft den Käufer die Mängelrügepflicht in vollem Umfange.

44) A. M. insbesondere Hanausek a. a. O., I. S. 215 ff; siehe auch Anm. 3 auf S. 216.

Dass die Pflicht zur sofortigen Mängelrüge zwischen Kaufleuten ohne Unterschied besteht, ob es sich um ein Distanz- oder um ein Platzgeschäft handelt, ist als äusserst wichtiger Unterschied gegenüber dem Recht des A.D.H.G.B. hervorzuheben. Letzteres verpflichtete den Käufer lediglich bei einem zu Grunde liegenden Distanzgeschäft. Mit Recht ist diese Vorschrift in der erwähnten Weise ausgedehnt worden. Die Denkschrift[45]) gibt dazu folgende Begründung: „Wenn das A.D.H.G.B. nur die Distanzgeschäfte berücksichtigt, so ist dies sachlich nicht gerechtfertigt, da der Kaufmann bei Platzgeschäften das gleiche Interesse hat, schnell zu erfahren, ob ein Geschäft in Ordnung geht, wie bei Uebersendungskäufen".

§ 12

Aber nicht jeder Kaufvertrag kann grundlegend für die handelsrechtliche Mängelrügepflicht sein.[46]).

Es muss der zum Abschluss gelangte Kauf vielmehr ein Handelskauf sein, der zudem für beide Vertragsteile ein Handelsgeschäft ist.[47])

Unter die Begriffsbestimmung eines Handelskaufs fällt nun aber nur derjenige Kauf, der entweder auf Seiten des Verkäufers oder des Käufers, oder aber auf Seiten beider Parteien Handelsgeschäft ist.[48])

Damit also ein Handelskauf vorliege, ist Bedingung, dass mindestens ein Vertragsteil die Kaufmannseigenschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches hat, und dass das „Geschäft"[49]) im Betriebe des Handelsgewerbes des

45) S. 240.

46) Gleichfalls natürlicher Weise nicht jedes »kaufähnliche Geschäft.« Sie müssen den sonstigen Voraussetzungen zum Entstehen einer Mängelrügepflicht in gleicher Weise entsprechen wie der Kauf.

47) Auf die kaufähnlichen Geschäfte ist, wie hervorgehoben, diese Regel entsprechend anzuwenden.

48) Vgl. Cosack, a. a. O., S. 185; Makower, a. a. O., S. 1071; Staub, a. a. O., vor § 373, Anm. 3.

Kaufmanns abgeschlossen ist. (vergl. § 343 Abs. 1. H. G. B.) Erweitert ist letztere Rechtsvorschrift insofern, als die im § 1. Abs. 2. H. G. B. bezeichneten Geschäfte dann auch als Handelsgeschäfte angesehen werden sollen, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes abgeschlossen werden. (Vgl. § 343 Abs. 2. H.G.B.)

Dass dem Begriff „Handelsgewerbe" dabei seine weiteste Auslegung zu geben ist, stellen ausdrücklich die Protokolle fest, indem sie darauf hinweisen, „dass das Gewerbe eines Kaufmanns handelsrechtlich nicht auf eine gewisse Gattung von Handelsgeschäften beschränkt werden könne."[50]) Für die Frage der Zugehörigkeit zum Betriebe des Handelsgewerbes ist im § 344 H.G.B. die Rechtsvermutung aufgestellt, dass „die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig zu gelten haben". In dieser Rechtsvermutung haben wir aber keine praesumtio juris et de jure, sondern lediglich eine praesumtio juris zu erblicken.[51]) Durch den zweifellosen Nachweis der Nichtzugehörigkeit des Geschäftes zum Handelsbetriebe kann die Vermutung beseitigt werden,[52]) während dieselbe sich im andern Falle auch auf diejenigen Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns bezieht, welche an sich unter die im § 1 Abs. 2. H.G.B. aufgeführte Skala von Geschäften nicht zu rechnen sind und sogar nicht in den Kreis von Handelsgeschäften fallen, auf welche der Gewerbebetrieb zunächst gerichtet ist.

Zur Anwendung des § 377 H.G.B. ist, wie hervorge-

49) Ob darunter »Geschäfte jeder Art,« oder nur »Rechtsgeschäfte« zu verstehen sind, ist eine Streitfrage, die von uns nicht weiter zu verfolgen ist.
Sie wird zudem in letzterem Sinne zu entscheiden sein.

50) Vgl. S. 544; S. 1297.

51) Vgl. Anschütz-Völlerndorf, a. a. O., Bemerkung zu 274 Abs. 1.

52) R. G. Bd. 28, S. 315.

hoben, in jedem Falle das Vorliegen eines beiderseitigen Handelsgeschäfts Voraussetzung. Da der Fall des einseitigen Handelsgeschäfts das Vorhandensein der Kaufmannsqualität mindestens bei einem Vertragsteile voraussetzt, so liegt ein beiderseitiges Handelsgeschäft stets nur zwischen Kaufleuten als Vertragsparteien vor.

In der grundlegenden Voraussetzung des § 377 H. G.B., die das Vorliegen eines beiderseitigen Handelskaufs unter allen Umständen erfordert, ist eine weitere, äusserst wichtige Abweichung von der entsprechenden Vorschrift des A.D.H.G.B. festzustellen. (Vgl. Art. 347 Abs. 1. dieses Gesetzes.)

Die Denkschrift zum Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches begründet die Abweichung des neuen Rechts vom alten Handelsgesetzbuch, welches den Käufer auch beim einseitigen Handelskauf zur Mängelanzeige verpflichtete, folgendermassen:[53])

„Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch den Käufer, weil er häufig nicht die nötige Sachkunde und Erfahrung hat, zur sofortigen Untersuchung der Ware nicht verpflichtet, so darf auch im Handelsgesetzbuch nicht einem Käufer, der nicht Kaufmann ist, eine solche Verpflichtung blos deshalb auferlegt werden, weil er von einem Kaufmann gekauft hat; hierdurch würde das kaufmännische Interesse in zu einseitiger Weise berücksichtigt. Der Gegengrund, dass auch der Händler, welcher unmittelbar an den Konsumenten verkauft, von den Mängeln der verkauften Ware unverzüglich Kenntnis erhalten müsse, um seinerseits rechtzeitig seinen Verkäufer in Anspruch nehmen zu können, ist nicht durchgreifend, zumal ein solcher Händler häufig vom eigenen Lager verkauft und deshalb ohnehin wegen der von dem Kunden gerügten Mängel keinen Rückgriff mehr hat".

53) S. 224.

Man verfolgte also bei der rechtlichen Festlegung des Erfordernisses eines „beiderseitigen" Handelsgeschäftes einmal das Streben nach Konsequenz des Gesetzes im Hinblick auf das Bürgerliche Gesetzbuch, sodann das Interesse des kaufenden Privatmannes gegenüber dem Kaufmann als Verkäufer.

Dass nun aber durch eine Einschränkung das Anwendungsgebietes des § 377 H.G.B. nur auf die Fälle „beiderseitiger" Handelsgeschäfte die Möglichkeit der Unsicherheit der Geschäftsabwicklung in den Fällen des Gegenübertretens eines Kaufmannes mit einem Nichtkaufmann an sich wieder in weiterem Umfange entstehe wie zuvor, ist wohl bei der Beratung des neuen Handelsgesetzbuchs geltend gemacht worden.[54]) Man kann einem Bedenken in dieser Hinsicht seine Berechtigung auch nicht absprechen, wenngleich der Eintritt der ausgesprochenen Befürchtung durch die Tatsache teilweise verhindert wurde, dass im neuen Handelsgesetzbuch nach Wegfall der Bestimmung des Art. 273 Abs. 3. A.D.H.G.B. die Realisationsverkäufe der Handwerker als Handelsgeschäfte zu gelten haben[55]) und somit der Kreis der beiderseitigen Handelskäufe ganz erheblich gegen früher vergrössert ist.

Die Berechtigung der Frage, ob die Einführung einer Rügepflicht für den Käufer auch nach bürgerlichrechtlichen Bestimmungen nicht doch besser gewesen wäre, mag hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls hat die Handelsgesetzgebung bei dem durch das Bürgerliche Gesetzbuch geschaffenen Rechtszustand es mit Recht abgelehnt, den nichtkaufmännischen Käufer allein aus dem Grunde zu einer Rüge zu verpflichten, weil er von einem Kaufmann gekauft hat.[56])

54) Vgl. Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note I 1.
55) Vgl. dazu Cosack, a. a. O., S. 42; Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note I 1.
56) Vgl. zustimmend u. a. Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note I 1.

Es müssen also zur rechtsgültigen Anwendung des § 377 H.G.B. beide Vertragsteile „Kaufmann" sein.

Dabei ist ausdrücklich hervorzuheben, dass diese Vorschrift nicht etwa dahin zu verstehen und auszulegen sei, dass beim Vorhandensein mehrerer Kontrahenten auf der einen oder andern Seite nur einer oder mehrere derselben die Kaufmannseigenschaft zu haben brauchen, während diese bei einem oder bei mehreren der Beteiligten fehlen dürfe. Es müssen vielmehr alle bei einem den Vorschriften der §§ 377 ff. H.G.B. unterworfenen Geschäfte interessiert beteiligten Personen Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuchs sein, dergestalt, dass beim Fehlen dieser Rechtseigenschaft auch bei nur einer mitbeteiligten Person das fragliche Geschäft wohl ein Handelskauf schlechthin, aber kein beiderseitiger und daher der Mängelanzeigepflicht unterstellter Handelskauf ist.

Es muss des weiteren die Kaufmannseigenschaft aller in dem angegebenen Sinne bei dem Geschäft beteiligten Personen zur Zeit, d.h. im Zeitpunkte des Geschäftsabschlusses vorhanden sein und zwar auch beim Vorliegen eines bedingten Kaufes. Der rechtliche Unterschied zwischen aufschiebender und auflösender Bedingung ist in dieser Hinsicht belanglos.

Wird die Kaufmannsqualität nach dem erwähnten Zeitpunkte von einem Vertragsteile erst erworben, so kann diese Tatsache eine Rügepflicht nicht begründen. Wird sie andererseits nachträglich verloren, so ist darin ein Aufhören der Anzeigepflicht nicht zu erblicken.[57])

Um nunmehr die Rechtsvorschrift des § 377 H.G.B., dass beide Vertragsteile „Kaufleute" im handelsrechtlichen Sinne sein müssen, näher zu interpretieren:

57) Zu welchen rechtlichen Konsequenzen das im Falle des Todes des Käufers nach dem Kaufabschluss führt, zu erörtern, wäre hier zu weitläufig. Vgl. Näheres darüber bei Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note II 2.

Wer nach dem geltenden Handelsgesetzbuche Kaufmann ist, haben wir der Bestimmung des § 1 dieses Gesetzes zu entnehmen. Danach ist der Erwerb der Kaufmannseigenschaft abhängig von dem Betriebe eines Handelsgewerbes. Als solches gilt jeder Gewerbebetrieb, der eine der im § 1. Abs. 2. Nr. 1 bis 9 H.G.B. aufgezählten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat. Als Handelsgewerbe gilt ausserdem auch beim Fehlen der Voraussetzungen des § 1. Abs. 2. H.G.B. „jedes andere gewerbliche Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb", insbesondere also die Notwendigkeit einer nach kaufmännischen Grundsätzen geordneten Buchführung[58]) erfordert, „sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen worden ist. (§ 2. H.G.B.) Für die Anwendbarkeit des § 377 H.G.B. ist der Unterschied, den das Gesetz hinsichtlich der Voll- und Minderkaufleute macht, vollkommen belanglos. Denn von den Bestimmungen des ganzen dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs sind kraft Gesetzesvorschrift des § 351 lediglich die für die Mängelrügepflicht nicht in Betracht kommenden §§ 348 bis 350 bei Minderkaufleuten nicht in Anwendung zu bringen.[59])

Die Vorschriften der §§ 377 ff. H.G.B. haben daher „nicht blos im Verhältnis der Grossisten untereinander, sondern auch im Verhältnis des Grossisten zum Detaillisten"[60]) Anwendung zu finden.

---

58) Als Anhaltspunkte für das Bestehen eines »in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes« kommen ferner in Betracht: Der Gebrauch einer Firma, die Art des Briefwechsels, der Kassenführung und der Zahlungsleistung, die Verwendung gewisser Arten von Hilfspersonen. (Vgl. auch Denkschrift H. G. B., S. 11 und 12.)

59) Vgl. dazu Sächs. Archiv Bd. 14, S. 246; Recht, Jahrg. 1904, S. 506.

60) Lehmann-R., a. a. O., zu § 377 Anm. Nr. 9.

Nicht in den Anwendungsbereich dieser Vorschriften fallen aber, wie wir schon sahen, die Fälle, einmal, dass „das konsumierende Publikum als Käufer einem Kaufmann als Verkäufer", sodann, dass „der Kaufmann als Käufer etwa dem verkaufenden Landwirt" gegenübersteht.[61])

Durch die Neuregelung der Mängelrügepflicht nach dieser Richtung ist nun eine gewisse Gefahr für den Kommissionär und den Zwischenhändler entstanden für den Fall, dass ihre Abnehmer, was wohl die Regel sein wird, die Kaufmannseigenschaft nicht besitzen. Ein Bedenken in dieser Hinsicht ist nicht wegzuleugnen. Denn ohne Rügepflicht ist ein geordneter Kommissions- und Zwischenhandel schier undenkbar. Der Kommissionär und Zwischenhändler müssten stets in der Furcht leben, dass sie von ihren Abnehmern noch nach längerer Zeit für die von ihnen gelieferten Waren in Anspruch genommen werden könnten, und das zu einer Zeit, wo ihnen ein Regress an ihren Vormann überhaupt nicht mehr oder aber nur unter Ueberwindung grosser Schwierigkeiten möglich wäre.[62]).

Die Denkschrift zum Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches hat, wie schon erwähnt, dieses Bedenken zu zerstreuen gesucht, indem sie ausführt, „dass ein solcher Händler häufig vom eigenen Lager verkaufe und deshalb ohnehin wegen der von den Kunden gerügten Mängel keinen Rückgriff mehr habe." Hier scheint aber der im täglichen Leben recht häufig vorkommende Fall gänzlich ausser Acht gelassen zu sein, dass ein solcher Händler direkt die Ware von seinem Lieferanten an seinen nichtkaufmännischen Abnehmer senden lässt und auf diese Weise selbst keine Gelegenheit zur Untersuchung

61) Vgl. Lehmann-R., a. a. O., zu § 377 Anm. Nr. 9 im Anfang.
62) Vgl. dazu Prot. zum A. D. H. G. B., S. 645.

findet, auch durch eine unverzügliche Rüge seines Abnehmers, weil dieser dazu nicht verpflichtet ist, von einer Mangelhaftigkeit nicht rechtzeitig Kenntnis erlangt, um seinerseits zur Wahrung seines Interesses eine Rüge innerhalb der zulässigen Frist zu erstatten.

In solchen Fällen muss sich der Kommissionär wie der Zwischenhändler durch besondere Abmachungen schützen. Wie überhaupt, dank der dispositiven Natur der hier in Frage stehenden gesetzlichen Bestimmungen[63]), solchen Kaufleuten, welche mit Nichtkaufleuten ein Geschäft abschliessen wollen, die Möglichkeit der Wahrung ihrer Interessen insofern stets gegeben ist, als sie die Verpflichtung zur Rüge vertragsmässig ihren nichtkaufmännischen Kontrahenten auferlegen können.

Wenn Staub[64]) behauptet, „auch derjenige, der sich im Rechtsverkehr als Kaufmann nur gerirt, müsse jedenfalls gegen sich gelten lassen, dass er Kaufmann ist" und deshalb im gegebenen Falle die Pflichten der §§ 377 ff. H.G.B. seinerseits erfüllen, während er aber auch berechtigt sei, von dem anderen Teile, der mit ihm als mit einem Kaufmann kontrahiert habe, zu verlangen, dass dieser desgleichen die Pflichten des § 377 ihm gegenüber beobachte, so mag diese Ansicht zwar einer praktischen Verkehrsauffassung im höchsten Masse entsprechen, kann aber nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches nicht zu Recht aufgestellt werden.

Wie wir schon sahen, ist das faktische Vorhandensein der Kaufmannsqualität im Moment des Abschlusses des Rechtsgeschäfts zur Begründung der Anzeigepflicht entsprechend § 377 H.G.B. erforderlich. Wann diese Voraussetzung aber vorliegt, kann nur gesetzlichen

63) Ius cogens enthält lediglich Abs.5 des § 377 H. G. B. Das erklärt sich aus der Natur des Gewährleistungsproblems.

64) a. a. O., zu § 377 Anm. 2.

Bestimmungen entnommen werden; es können dabei nicht Verhältnisse Berücksichtigtung finden, die — vielleicht sogar mit Absicht — eine Täuschung bei dem andern Vertragsteile hervorzurufen geeignet sind. Die Rechtsfolge aus solchem Verhalten einer Vertragspartei kann nicht die Begründung einer unter Zugrundelegung tatsächlicher Voraussetzungen erfolgten Rechtsverpflichtung mit sich bringen, ist vielmehr auf einem andern Gebiete, nämlich auf dem der Anfechtung bezw. der Schadensersatzpflicht des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu suchen. Lediglich in dem Falle, dass der Vorbedingung zur Zusprechung der Kaufmannseigenschaft zwar nicht Genüge getan ist, weil das unter einer Firma betriebene Gewerbe überhaupt kein Handelsgewerbe oder ein gemäss § 2 H.G.B. dem gleichstehendes gewerbliches Unternehmen ist, die Eintragung der Firma ins Handelsregister aber stattgefunden hat, steht der Firma („dem Kaufmanne") gegenüber demjenigen, der nunmehr durch ein Berufen auf die erfolgte Eintragung das Rechtsgeschäft als mit einem Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs abgeschlossen betrachtet wissen will, eine Einrede dahin nicht zu, das unter der Firma betriebene Gewerbe sei kein Handelsgewerbe. (vgl. § 5 H.G.B.) In dieser Hinsicht kann die von Staub angeführte Behauptung möglicher Weise Platz greifen. Es muss aber zu der Führung des Titels Kaufmann immer noch die erfolgte Eintragung ins Handelsregister hinzukommen.

Wir dürfen an dieser Stelle eine hierher gehörige Streitfrage nicht übergehen, die in der Literatur zum Teil lebhaft diskutiert ist.

Ich möchte vorausschicken, dass ein Zweifel darüber nicht besteht, dass eine Anwendung des § 377 H.G.B. im Falle des nur einseitigen Handelskaufs rechtlich nicht möglich ist.

Staub[65]) will für diesen Fall aber nicht die eingreifenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs schlechtweg gelten lassen, sondern sucht nachzuweisen, dass durch Kombination einschlägiger Bestimmungen des B.G.B. und des H.G.B. besondere Normen aufzustellen seien. Er geht von der geschichtlichen Entwicklung des § 377 H.G.B. bei seinem Nachweis aus, dass im Falle des einseitigen Handelskaufs „nicht lediglich die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts anzuwenden seien, sondern dass das Prinzip, welches § 377 H.G.B. für den zweiseitigen Handelskauf aufstellt, auch für einseitige Handelsgeschäfte, wenn auch in abgeschwächter Weise zu gelten habe.."[66])

Ich möchte gleich bemerken, dass Staub mit dieser Ansicht, soweit ich die zu berücksichtigende Literatur überschauen kann,[67]) vereinzelt dasteht. Seine Anschauung ist auch rechtsirrtümlich.

Eine allgemeine Regel, wie sie Staub aufstellen will, dass auch beim einseitigen Handelskauf der Käufer zur Mängelrüge verpflichtet sein soll, lässt sich nicht aufstellen. Im Gegenteil, der Gesetzgeber wollte in dem fraglichen Fall eine solche Pflicht des Käufers garnicht schaffen.[68]) Er wollte ausdrücklich „einen Käufer, der nicht Kaufmann ist" von der Mängelrügepflicht ausgenommen wissen. Daraus — um das hier gleich festzustellen —, dass die Denkschrift nur eine Begründung gibt für den Fall der Nichtanwendungsmöglichkeit der Bestimmungen des § 377 H.G.B. auf das Vertragsverhältnis zwischen einem Käufer, der nicht Kaufmann ist, und einem Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches könnte nun nicht

65) a. a. O., zu § 377 Anm. 154 bis 157.
66) Staub, a. a. O., zu § 377 Anm. Nr. 154.
67) Vgl. u. a. Makower, a. a. O. S. 1164; Lehmann-R., a. a. O., zu § 377 Anm. Nr. 9; Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note X; Lehmann in G. Z. Bd. 52, S. 24, Anm. 36; R. G. Bd. 49, S. 159 f.
68) Vgl. Denkschrift H. G. B., S. 241.

gefolgert werden, „dass die Vorschriften des § 377 H.G.B. wohl für solche Fälle Geltung haben sollten, in denen der Kauf zwar für den Käufer, nicht aber für den Verkäufer ein Handelsgeschäft ist, also für gewisse Fälle eines nur einseitigen Handelsgeschäftes.[69]) Das würde mit dem ausdrücklichen Wortlaut des § 377 H.G.B. in Widerspruch stehen, der die Anwendung nur im Falle eines beiderseitigen Handelsgeschäfts, also im Falle des Gegenüberstehens von Kaufmann zu Kaufmann zulässt. Der angegebenen Auslegung würde zudem der Inhalt des § 345 H.G.B. entgegenstehen, der die Anwendung der für den Fall des Vorliegens eines beiderseitigen Handelsgeschäfts vorhandenen Bestimmungen auf ein nur einseitiges Handelsgeschäft ausdrücklich für den Fall verbietet, dass das Gesetz eine solche Anwendung nicht zulässt. Das aber ist dem § 377 H.G.B. deutlichst zu entnehmen. Der gleiche Schluss ist endlich auch daraus zu ziehen, dass der Gesetzgeber durch die absichtliche Beschränkung der Vorschrift des Art. 347 A.D.H.G.B. „nur auf den Verkehr unter Kaufleuten" auch ein zwischen einem Nichtkaufmann als Verkäufer und einem Kaufmann als Käufer abgeschlossenes, also einseitiges Handelsgeschäft, den Bestimmungen des § 377 H.G.B. nicht unterwerfen wollte.[70])

Handels- gewohnheit und -gebrauch können eine Pflicht zur Mängelrüge auch beim einseitigen Handelskauf überhaupt nicht begründen. Denn sie finden Berücksichtigung nur im Verkehr unter Kaufleuten. (vgl. § 346 H.G.B.) Zu Unrecht führt daher Staub zur Begründung seiner Ansicht ins Feld, dieselbe entspreche den handelsrechtlichen Anschauungen. Dass allerdings auch bei einseitigen Handelsgeschäften, unter Prüfung von Fall zu Fall, aus der Unterlassung der Beanstan-

69) Vgl. I. W. Jahrg. 1901, S. 848, Nr. 30.
70) Vgl. auch I. W. Jahrg. 1901, S. 847 Nr. 30.

dung einer Ware der Schluss auf deren Genehmigung zulässig ist, wenn die Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr eine Rügepflicht begründen, ist an anderer Stelle schon hervorgehoben. Darin hat man aber nicht etwa eine Einwirkung des Handelsrechts, sondern nur eine Konsequenz des Bürgerlichen Rechts zu erblicken. Von einer Anwendung der formellen Vorschriften und des formellen Genehmigungsprinzips des § 377 H.G.B. kann füglich nicht die Rede sein. Zudem muss — wie überhaupt jede Verkehrssitte — ein Gebrauch oder eine Gewohnheit, auf welche man sich beim einseitigen Handelskauf zum Zwecke des Beweises berufen will, dass der Käufer zu einer Rüge verpflichtet gewesen sei, besonders und nachdrücklich nachgewiesen werden.[71])

Ein Handelskauf, wie ihn § 377 H.G.B. als Voraussetzung zur rechtlichen Entstehung der Rügepflicht bedingt, muss also zunächst ein beiderseitiges Handelsgeschäft sein. Darüber hinaus muss er — wie jeder Handelskauf[72]) — zudem Waren oder Wertpapiere zum Gegenstande haben.[73]) [74]).

---

71) Vgl. R. G. Bd. 49, S. 162; Makower, a. a. O., S. 1165.

72) Das ist folgendermassen zu begründen:
Den Handelskauf regeln im H. G. B. lediglich die §§ 373 bis 382. Von diesen zehn Paragraphen behandeln die §§ 374, 382 den Gegenstand des Handelskaufs überhaupt nicht, während die §§ 373, 376 bis 380 als Objekt des Handelskaufs die »Ware« und die §§ 375, 381 Abs. 2 die im § 1 Abs. 2 H. G. B. dem engern Begriff Ware in dieser Beziehung gleichgestellte »bewegliche Sache« bezeichnen. Ausdrücklich ist ferner im § 381 Abs. 1 die Anwendung der in den §§ 373 bis 380 hinsichtlich des Kaufes von Waren erlassenen Rechtsvorschriften auch auf den Kauf von Wertpapieren vorgeschrieben. (Vgl. Makower, a. a. O., S. 1071.)

73) Vgl. Denkschrift H. G. B. S. 214; Cosack, a. a. O., S. 185; Makower, a. a. O., S. 1070; Staub, a. a. O., im Exkurs vor § 373, Anm. 2.

74) Das A. D. H. G. B. gebraucht den Ausdruck Ware nicht technisch. (Vgl. Endemann, Handbuch II § 163, S. 6.)

Es können deshalb Kaufverträge über unbewegliche Sachen zwar Handelsgeschäfte sein, aber nicht den Vorschriften des zweiten Abschnittes über den Handelskauf unterliegen.

Das Handelsgesetzbuch gibt selbst eine Definition des Begriffes der Ware oder des Wertpapiers nicht. Aus der Denkschrift[75]) ist jedoch in Verbindung mit § 1. Abs. 2. Nr. 1. H.G.B. zunächst zu ersehen, was unter dem Begriff der Ware im Sinne des Handelsgesetzbuches rechtlich zu verstehen ist. Danach sind darunter alle beweglichen, d.h. also alle körperlichen Sachen zu rechnen, welche Gegenstand des Handelsverkehrs zu sein fähig sind.[76])

Erfordernis ist also, dass die Sache beweglich sei, welche Ware ist. Das ist dahin zu verstehen, dass sie als eine bewegliche im Augenblick des Vertragsschlusses sich darstellt.[77])

Ein Begriffsmerkmal der Ware ist aber nicht darin zu suchen, dass dieselbe sich als eine neue darstellt. Erfordernis ist nur, dass sie Gegenstand des Handelsverkehrs sein kann.

Durch letztere Bestimmung ist der Kreis der beweglichen Sachen an sich insofern eingeschränkt, als nur solche Sachen als Gegenstände des Umsatzes im Handelsverkehr in Betracht kommen können, denen weder durch die natürliche Beschaffenheit der Sache selbst noch durch die Rechtsordnung die Umsatzfähigkeit genommen ist.

Dass unter den Begriff der beweglichen Sache an sich auch im Sinne des Handelsgesetzbuches die Tiere fallen, dürfte ohne weiteres klar sein. Im § 382 H.G.B. finden wir jedoch in dieser Richtung eine Beschränkung der An-

75) S. 13.
76) Sgl. auch R. G Bd. 26, S. 43.
77) Vgl. R. G. Bd. 6, S. 9.

wendungsmöglichkeit der Rügevorschriften des Handelsgesetzbuches insofern, als sich letztere nicht mehr auf Viehmängel bei einem Handel mit solchen Tiergattungen erstrecken, deren im § 481 B.G.B. ausdrücklich Erwähnung dahin getan ist, dass sie den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches unterstehen. Insoweit sind die §§ 482 bis 492 B.G.B. zur Anwendung zu bringen. Dass aber für Händel mit solchen Tieren, die in der erwähnten Aufzählung nicht enthalten sind, die Vorschriften der §§ 377 ff. H.G.B. Platz greifen, dürfte andererseits einem stichhaltigen Bedenken nicht unterliegen.

Der Kreis der beweglichen Sachen, die den in Frage stehenden Rechtsbestimmungen unterworfen sind, ist des weiteren dadurch eingeengt, dass die Wertpapiere infolge ihrer besonderen gesetzlichen Erwähnung aus dieser Gruppe ausscheiden, obwohl sie doch auch bewegliche Sachen darstellen.

Der Grund, der den Gesetzgeber zu dieser Unterscheidung oder genauer zu der ausdrücklichen, besonderen Unterwerfung auch der Wertpapiere neben der schon bestehenden Unterstellung der Waren (beweglichen Sachen) unter die Rechtsvorschriften der §§ 377 H.G.B. veranlassen musste, ist in dem tiefern juristischen Unterschied zu suchen, der das Wertpapier im engeren Sinne von der beweglichen Sache in weiterer Bedeutung unterscheidet.

Sowohl im gesetzlichen wie im juristischen Sprachgebrauch war die Anwendung des Wortes Wertpapier lange Zeit schwankend und gab zu zahlreichen Kontroversen Anlass. Erst in neuerer Zeit ist hierüber eine gewisse Klarheit geschaffen worden. Namentlich Brunner[78]) gebührt das Verdienst, bei der Begriffsbestimmung des Wertpapiers bahnbrechend gewesen zu sein.

78) Vgl. Brunner in Endemanns Handbuch II, S. 144 ff.

Wertpapiere in dem hier fraglichen Sinne sind „solche wirtschaftlich wertvolle Papiere, die ihrer Natur nach, mit Rücksicht auf ihre erleichterte Uebertragbarkeit[79]) als Gegenstände des Handelsverkehrs in Betracht kommen können[80]), und bei denen der Erwerb des Rechtes aus dem Papier den sachenrechtlichen Grundsätzen über den Erwerb des Rechtes an dem Papier folgt."[81])

Während die Sache in dem hier zu erörternden Sinne selbst Träger und zwar unmittelbarer Träger des Rechts durch sich selbst ist, kann das Wertpapier nur als formeller Wertträger angesprochen werden, indem es seinen Wert erst dadurch erhält, dass in dem die bewegliche darstellenden Papiere Rechte verkörpert werden.

Einmal als Urkunde eine körperliche Sache, ist das Wertpapier auf der andern Seite zugleich der Träger eines unkörperlichen Rechts. Wir können somit von einer „Doppelnatur" des Wertpapiers sprechen.[82]).

Daraus zieht Hanausek[83]) m.E. mit Recht den Schluss, dass die Frage nach der Gewährleistung für Mängel des durch die Urkunde verkörperten Rechts scharf zu tren-

---

79) Also alle diejenigen Wertpapiere, die durch Indossament übertragbar oder auf den Inhaber gestellt sind. (Vgl. R. G. Bd. 16, S. 16; Bd. 40, S. 134.)

80) Dass die Wertpapiere für den Handelsverkehr bestimmt sein müssen, ist heute zwar nicht mehr wie im A. D. H. G. B. (Art. 271.) ausdrücklich ausgesprochen. Zu folgern ist diese Voraussetzung jedoch unumstösslich aus der gesetzlichen Gleichstellung der Wertpapiere mit den Waren, den Sachen des Handelsverkehrs. (Vgl. dazu R. G. Bd. 16, S. 85; Bd. 40, S. 134.)

81) Vgl. Denkschrift H. G. B. S. 228; auch R. O. H. G. Bd. 24, S. 258; ferner R. G. Bd. 26, S. 43; Bd. 36, S. 39; Bd. 54, S. 351.

Es sind hierher hauptsächlich zu rechnen Wechsel, Aktien, auch wenn sie vinkuliert sind, Konnossement, Lagerschein, Schecks, Staatspapiere, Bodmereibrief, Kuxe, kaufmännische Verpflichtungsscheine u. s. w.

82) Vgl. Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note II 2.

83) a. a. O., II S. 367.

nen ist von der Frage nach der Gewährleistung für Mängel des Papiers im engern Sinne. Diese theoretische Unterscheidung gewinnt eine überaus praktische Bedeutung für uns, indem wir die Anwendung der Vorschrift des § 377 H.G.B. beim Kauf von Wertpapieren gegebenen Falles nur insoweit für zulässig erachten dürfen, als Sachmängel der Urkunde vorliegen. Die Regel des § § 377 H. G. B. ergreift nicht den Fall des Vorhandenseins von Mängeln des in dem Papier verkörperten Rechts. Es finden in dieser Hinsicht die Vorschriften über die Gewährleistung für veräusserte Rechte Anwendung. Und Fragen nach dieser Richtung sind für uns aus § 437 Abs. 2 B.G.B. zu beantworten.

Die Fälle des Vorhandenseins von Mängeln der Urkunde (Sachmängel) können nun recht mannigfache sein. Es mögen die hauptsächlichsten hier aufgeführt werden.

Zunächst sind solche Mängel hervorzuheben[84]), welche sich als Schäden des Papiers darstellen, insofern sie die Verwertung der Urkunde erschweren oder gar unmöglich machen können. Es gehören dahin die Fälle, dass Teile des Papiers selbst fehlen, oder aber solche Fälle, dass die Urkunde zwar vollständig, aber zerrissen oder wieder geflickt ist, dass die Urkunde ganz oder teilweise nicht mehr lesbar ist. In Betracht kommt auch ein Fehlen solcher Beilagescheine einer sonst vollkommenen Urkunde, deren gleichzeitiger Mitverkauf (bezw. Tausch) mit dem Wertpapiere infolge der notwendigen Zugehörigkeit selbstverständlich erscheint, insofern nämlich durch sie die wirtschaftliche Ausnutzung des Papiers erst vollkommen ermöglichst wird.[85]) Hierhin ist endlich auch der Fall zu rechnen, dass der gesetzlich

[84]) Vgl. Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Nr III 5.

[85]) Nicht ist in einem solchen Falle der Tatbestand des § 378. H. G. B. ohne weiteres zu erblicken.

vorgeschriebene Stempel zu dem Wertpapier überhaupt nicht verwertet oder gefälscht worden ist.[86]) Voraussetzung ist in allen Fällen, dass der fragliche Mangel ein solcher an der Urkunde im engern Sinne ist. Als charakteristisches Merkmal dafür finden wir bei Düringer-Hachenburg[87]), dass es sich bei der Frage nach dem Vorliegen eines solchen Mangels stets um das Nichtvorhandensein von „sinnlich wahrnehmbaren Eigenschaften handelt, welche eine Untersuchung und eine Entdeckung durch Untersuchung der Sache ermöglichen".

Dass gegebenen Falles bei der Lieferung von mehr oder weniger Wertpapieren als gekauft wurden, oder bei der Lieferung von andern als den gekauften Urkunden die Rügepflicht für den Käufer sich aus § 378 in Verbindung mit § 377 H.G.B. ergibt, dürfte ohne weiteres klar sein.

Nachdem wir den Begriff der Ware und denjenigen des Wertpapiers festgestellt haben, können wir nunmehr noch folgern, einmal aus ersterem, dass der Kauf unterschiedlos vertretbare und nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, sodann aus letzterem, dass er ein Gattungs- oder ein Specieskauf sein kann.[88]) Freilich wird der Kauf von Wertpapieren in der Regel einen Gattungskauf darstellen; aber notwendiger Weise braucht das nicht der Fall zu sein.

---

86) Vgl. abweichend R. O. H. G. Bd. 20, S. 418 f.
87) a. a. O., zu § 381 Note III 5 d.
88) Vgl. ebenso Lehmann-R., a. a. O., su § 377 Anm. Nr. 6.

§ 13.

Wir gingen aus von der Feststellung, dass ein der Rügepflicht des § 377 H.G.B. unterstellter Kauf ein beiderseitiges Handelsgeschäft sein muss, das zum Inhalte Waren oder Wertpapiere hat. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist für den Käufer die Pflicht der Mängelanzeige gegeben: „nach der Ablieferung" des Vertragsobjektes.

Damit kommen wir zur Erörterung einer weitern, für die Anzeige unumgänglich notwendigen Voraussetzungstatsache und zwar im Anschluss an die Untersuchung des rechtlichen Begriffes der Ablieferung zur Feststellung des Zeitpunktes erfolgter Ablieferung. An sich den Anschein der Selbstverständlichkeit ist die statuierte Bedingung der erfolgten Ablieferung des Vertragsobjektes keineswegs überflüssig. In sehr vielen Fällen wird es recht fraglich erscheinen, ob die Ablieferung schon erfolgt ist und mithin die Frist zur Rüge schon begonnen hat.

Dass u.a. das Erfordernis der Ablieferung der Ware zur Begründung einer Mängelanzeigepflicht notwendig ist, erscheint zunächst aus dem Grunde natürlich, weil der Käufer eine Untersuchung der Ware, die er, wenn auch nicht rechtlich, so doch aus moralischer Rücksicht vor der Rüge vorzunehmen hat, ja erst von dem Moment ab bewerkstelligen kann, wann die Ware in seine Verfügungsgewalt gekommen ist, insoweit er zu einer ordnungsgemässen Untersuchung derselben bedarf. Sodann kann das Unterlassen der Rüge die Genehmigung der Fehlerhaftigkeit der Ware selbstredend nur dann als Folge bedingen, falls die tatsächliche Möglichkeit der Untersuchung und damit der Auffindbarkeit der fraglichen Mängel für den Käufer gegeben ist.

Da nun weder das Bürgerliche ,noch das Handels-Gesetzbuch irgend welchen Anhalt dafür gewähren, was

unter der u.a. im § 377 H.G.B. statuierten „Ablieferung" rechtlich zu verstehen sei, so hat die infolgedessen in der Praxis häufig entstandene Frage nach dem Begriff der Ablieferung in der Rechtsprechung gelegentlich ihrer Beantwortung natürlicher Weise eine Reihe von Entscheidungen gezeitigt.

Praxis und Theorie haben sowohl gegenseitig als auch wiederum unter sich bei der Prüfung des in Frage stehenden Begriffes Streitfragen dahin ausgelöst, einmal ob zu dem Begriffe der Ablieferung die Notwendigkeit gehöre, dass der Verkäufer seinen Gewahrsam an dem Vertragsobjekte aufgibt, sodann ob bejahenden Falles in diesem Entlassen aus der Verfügungsgewalt des Verkäufers ein streng einseitiger Akt desselben zu erblicken, oder ob dasselbe beiderseitiger Natur ist, indem notwendiger Weise eine Mitwirkung seitens des Käufers dabei erforderlich sei.

Unbestritten ist anerkannt, dass die Ablieferung kein Rechtsgeschäft darstellt, sondern lediglich als tatsächlichen Vorgang sich charakterisieren lässt.[89]).

Wenn wir nunmehr der Frage nach der Notwendigkeit der Aufgabe des Gewahrsams an dem Vertragsobjekte durch den Verkäufer nächer treten, so müssen wir uns also entscheiden, ob eine auch praktisch befriedigende Auslegung des Begriffes der Ablieferung eine Entäusserung des unmittelbaren Besitzes an der Sache seitens des Verkäufers und damit eine Aufgabe seiner Möglichkeit der Ausübung des tatsächlichen Herrschaftsrechtes über die Sache bedingt, oder ob man mit einem seitens des Verkäufers an den Käufer gestellten blossen Angebot der Uebergabe eine Ablieferung rechtlich als schon erfolgt

89) Vgl. Hanausek, a. a. O., II S. 32 Anm. 6; Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note II 3; Stübel, a. a. O., S. 417; von der Leyen in G. Z. Bd. 16, S. 89; R. O. H. G. Bd. 24, S. 28; R. G. Bd. 5, S. 31; Staub, a. a. O., zu § 377 Anm. 16.

zu betrachten hat. Wir werden uns zu der ersteren Ansicht bekennen müssen. Erst wenn die seitens des Verkäufers an den Käufer gelangte Traditionsofferte von letzterem angenommen wird und auf Grund der erfolgten Annahme der Offerte die Besitzaufgabe seitens des Verkäufers an dem Vertragsobjekt erfolgt ist, kann man von einer vollendeten Ablieferung billiger und rechtlicher Weise sprechen. Mit Recht wird m.E. die Richtigkeit dieser Behauptung von Makower[90]) gerade mit der von den Gegnern zum Teil[91]) auch anerkannten Möglichkeit des Käufers, das Zustandekommen der Ablieferung des Vertragsobjektes zu verhindern, belegt. Indem nämlich bei der Zugrundelegung der gegnerischen Auslegung eine unter Umständen nach dieser Richtung gegebene Berechtigung des Käufers, z.B. bei einer schon vor vollendeter Ablieferung erkannten Mangelhaftigkeit der Kaufsache, illusorisch gemacht würde.

Bei der Beantwortung der weiter entstandenen Frage, ob in der Aufgabe des Gewahrsams an dem Vertragsobjekte an sich nun ein rein einseitiger Vorgang zu finden sei oder nicht, gehen die Ansichten in der Literatur recht weit auseinander. Teilweise finden wir die Behauptung, seitens des Käufers bedürfe es zu einer rechtsgültigen Ablieferung überhaupt keiner, also auch nicht einer, wenn auch nur passiven Mitwirkung,[92]) teilweise finden wir das Extrem davon in der Behauptung, die Ablieferung dürfe nur als ein regulär zweiseitiger, also eine Tätigkeit auch des Käufers bedingender Akt erkannt werden[93]).

90) a. a. O., S. 1168.
91) Vgl. z. B. Dernburg, Bürgerl. Recht II § 189 IV.
92) Vgl. z. B. Stübel, a. a. O., S. 417; Makower, a. a. O., S. 1167.
93) Vgl. z. B. R. G. Bd. 52. S. 399; auch in I. W. Jahrg. 1904, S. 46. Nr. 16.

Wir werden beiden Ansichten unsere Zustimmung versagen müssen. Die richtige Entscheidung liegt, wie so oft, in der Mitte.

Die unumgängliche Notwendigkeit einer aktiven Tätigkeit des Käufers bei dem Vorgang der Ablieferung ist m.E. aus sich heraus von vornherein abzulehnen.[94]) Damit soll aber nicht gesagt sein, dass dabei der Käufer überhaupt auszuschalten sei. Man hat vielmehr bei der Frage nach erfolgter Ablieferung als wesentliches Moment stets in Berücksichtigung zu ziehen, ob die Ablieferung mit Wissen und Willen des Käufers erfolgt ist.[95]) Der Schluss auf das Vorhandensein dieser bedingenden Momente kann aus einem entsprechenden Verhalten des Käufers mit ebensolcher Sicherheit gezogen werden, wie im Falle einer ausdrücklichen, dahinzielenden Erklärung seitens des Käufers. Von einer Ablieferung kann man aber füglich nicht sprechen, wenn der Käufer von der seitens des Verkäufers erfolgten Besitzentäusserung überhaupt keine Kenntnis hat[96]), ebensowenig wie man eine Ablieferung gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Käufers logisch möglich erachten darf.[97]). In der Notwendigkeitserklärung des Vorhandenseins von Wissen und Wollen des Käufers hinsichtlich der Ablieferung in dem dargestellten Sinne kann man nun aber nicht etwa eine unbedingt erforderliche Tätigkeit des Käufers bei dem Vorgang der Besitzentäusserung durch den Verkäufer erblicken. Der Käufer kann eine Tätigkeit ausüben, indem er ausdrücklich seine Zustimmungserklärung gibt. Wie wir festgestellt haben, braucht das aber nicht notwendiger Weise der

94) Vgl. Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note II 3.
94) Vgl. Lehmann-R., a. a. O., zu § 377 Anm. Nr. 24; Hanausek a. a. O., II S. 35; R. O. H. G. z. B. Bd. 6 S. 325 ff; Bd. 21, S. 260 ff; Busch, a. a. O., Bd. 3, S. 92; Bd. 25, S. 27; Bolze, a. a. O., Bd. 18, Nr. 441.
96) Vgl. Bolze, a. a. O., Bd. 23, Nr. 502.
97) Zu Unrecht in dieser Frage m. E. R. G. Bd. 5, S. 32.

Fall zu sein. Dann aber sind wir nicht berechtigt, von einem zweiseitigen Akt zu sprechen. Wohl kann man m.E. mit Recht von dem Erfordernis eines „passiven Verhaltens"[98]) des Käufers reden. Ein solches vermag dem Aufgeben des Gewahrsams seitens des Verkäufers wohl den Charakter der reinen Einseitigkeit, nicht jedoch denjenigen der Einseitigkeit überhaupt zu nehmen. Zu letzterer Auslegung hat sich die Judikatur in der weitaus grösseren Zahl von Rechtsfällen auch bekannt.[99]).

Wir sahen schon, dass die natürliche Folge der Ablieferung die Schaffung der Möglichkeit für den Käufer sein muss, eine ordnungsgemässe Untersuchung der Ware herbeizuführen. Ob nun der Käufer durch die Ablieferung die Möglichkeit sofortiger, unbeschränkter Verfügung über das Vertragsobjekt erlangen müsse, hat zu einer nicht unerheblichen Streitfrage Veranlassung gegeben.

Ich möchte mich in dieser Frage entgegen der herrschenden Meinung der theoretischen Literatur und gegensätzlich zur Rechtsprechung insofern entscheiden, als m.E. zum Begriffe erfolgter Ablieferung die Tatsache nicht als unumgänglich notwendig zu erachten ist, dass der Käufer die sofortige, unabhängige Verfügungsmöglichkeit über das Vertragsobjekt erlangen müsse. Von den Gegnern letzterer Ansicht wird m.E. mit Recht zur Widerlegung ins Feld geführt, dass z.B. in dem Falle, dass ein Zollhaus, in das die Ware mit Wissen und Willen des Käufers niedergelegt wurde, wegen eines Feiertages geschlossen ist, oder aber in dem Falle, dass das gleiche Zollhaus aus irgend einem andern Grunde dem Käufer verwehrt, die Sache in Gewahrsam zu nehmen[100]), der

98) Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note II 3 (Seite 270.)
99) Vgl. z. B. R. O. H. G. Bd. 2, S. 252, Bd. 14, S. 294; R. G. Bd. 5, S. 31; Bolze, a. a. O., Bd. 23, Nr. 502.
100) Vgl. Lehmann-R., a. a. O., zu § 377 Anm. Nr. 24; siehe auch Hanausek, a. a. O., II S. 31 Anm. 6; Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note II 3 (Seite 270.)

Käufer die „tatsächliche Möglichkeit, sich durch einseitigen Akt sofort den Gewahrsam an der Sache zu verschaffen",[101]) keineswegs hat, trotzdem die Ablieferung zu Stande gekommen ist. Wenn der Käufer im konkreten Falle die tatsächliche Verfügungsmöglichkeit sofort erlangt — das wird ja die Regel sein —, oder aber, wenn er trotz gegebener Möglichkeit dieselbe zu erlangen schuldhafter Weise unterlässt, so ist der Zeitpunkt sowohl des positiven Erlangens wie der Erlangungsmöglichkeit entscheidend für die etwaige spätere Frage, ob „unverzüglich", also im einzelnen Falle in der jeweils als gegeben zu erachtenden Frist, seitens des Käufers die Rüge erfolgt ist. Zu fordern ist in jedem Falle, dass dem Käufer infolge der Ablieferung die Verfügung über die Sache insofern und insoweit ermöglicht wird, als sie zu einer rechtzeitigen ordnungsgemässen Untersuchung der Ware notwendig erscheint. Den Besitz an der Sache, sei es nun den unmittelbaren oder den mittelbaren (vgl. § 870 B. G.B.) Eigenbesitz, muss der Käufer m.E. zu diesem Zwecke auf jeden Fall erworben haben.[102])

Dass die Ware in Erfüllung des zu Grunde liegenden Vertrages abgeliefert werden muss, ist an sich klar, da andernfalls der zu einer Ablieferung notwendige Rechtsgrund ermangeln würde. Ob aber die Ablieferung nur dann gültig ist, wenn sie an dem vertragsgemässen Orte, zu der nach dem Vertrage vorausgesetzten Zeit und in der aus dem Vertrage sich ergebenden Art und Weise vollzogen wird, ist eine andere Frage, die eine einheitliche Beantwortung ebenfalls nicht gefunden hat. Man wird sie m.E. dahin zu entscheiden haben, dass alle aus dem Vertrage gesetzten Bedingungen bei der Ablieferung

101) Vgl. R. O. H. G. Bd. 3, S. 392; Bd. 6, S. 167; R. G. Bd. 5, S. 31 f; Bolze, a. a. O., Bd. 17 Nr. 470; I. W. Jahrg. 1899, S. 181, Nr 22; 1902, S. 425, Nr. 32.

102) A. M. R. O. H. G. Bd. 3 S. 393; R. G. Bd. 5, S. 32.

selbstredend genau vertragsgemäss zu erfüllen sind, solange nicht entweder eine ausdrückliche Erklärung des Käufers sich mit einer vom Vertrag abweichenden Handlungsweise des Verkäufers deckt, oder aber aus dem stillschweigenden Verhalten des Käufers eine Genehmigung zu einer seitens des Verkäufers bei der Ablieferung vorgenommenen Vertragsabweichung zu folgern ist. Denn in beiden Fällen sind die eine rechtsgültige Ablieferung bedingenden Momente des Wissens und Wollens des Käufers mit Rücksicht auf die Ablieferung entweder ausdrücklich zu Grunde liegend oder aber mit Sicherheit zu folgern. Zu Recht wird m.E. in der Literatur behauptet, dass der Käufer durch Versagen seiner Einwilligung in solchen Fällen die Ablieferung ja hätte verhindern können.

Nach dem strengen Gesetzeswortlaut des § 377 Abs. 1. H.G.B. hat die Ablieferung „durch den Verkäufer" zu erfolgen. Das ist, wie wohl allseits angenommen wird, nicht wörtlich auszulegen.[103])

Der Verkäufer kann auch durch einen Stellvertreter, sei es etwa durch einen Frachtführer oder durch einen Spediteur, den Gewahrsam an dem Vertragsobjekt aufgeben. Andererseits kann aber letzteres nur dann an einen Stellvertreter des Käufers rechtlich abgeliefert werden, dieser durch eine besondere Vollmacht seitens desKäufers zur Annahme bezw. Abnahme berechtigt erscheint. Die Erteilung solcher besonderen Vollmacht kann ausdrücklich erfolgen; sie kann aber unter Umständen auch durch konkludente Handlungen des Käufers als erteilt angesehen werden.[104]).

Aus den angestellten Betrachtungen können wir den

---

103) Vgl. u. a. Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note II 3 d (Seite 273); Lehmann-R., a. a. O., zu § 377 Anm. Nr. 26.

104) Vgl. dazu R. O. H. G. Bl. 5, S. 397; R. G. Bd. 6, S. 91 Bolze, a. a. O., Bd. 13, Nr. 439; I. W. Jahrg. 1899, S. 772; Nr. 15; Lehmann-R., a. a. O., zu § 377 Anm. Nr. 26.

Begriff der Ablieferung im rechtlichen Sinne nunmehr folgendermassen zusammenfassen:

Unter Ablieferung werden wir einen im wesentlichen einseitigen Vorgang zu verstehen haben, bestehend in dem letzten Akt des Verkäufers, damit die Ware in Erfüllung des zwischen Käufer und ihm bestehenden Vertrages aus seiner Verfügungsgewalt zu entlassen, in der Absicht, sich derselben zu entäussern. Oder aber, vom Gesichtspunkt der Rechtslage des Käufers betrachtet, haben wir darin denjenigen tatsächlichen Vorgang zu erblicken, durch den der Käufer mit seinem ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis in Erfüllung des zu Grunde liegenden Vertrages in die Lage versetzt wird, insoweit über die Ware verfügen zu können, als es zu einer rechtzeitigen Untersuchung derselben auf ihre Beschaffenheit erforderlich ist.

Obwohl nun die Ablieferung in nahem Verhältnis zur Uebergabe steht und man leicht geneigt sein könnte, eine Identität zwischen beiden Begriffen anzunehmen, so ist Tatsache dennoch das Gegenteil. Die Uebergabe ist im Gegensatz zur Ablieferung ein Rechtsgeschäft und noch dazu ein beiderseitiges Rechtsgeschäft, welches die Uebertragung und Uebernahme von Besitz oder Eigentum bezw. von Besitz und Eigentum bezweckt. Damit ist aber die für den Begriff der Ablieferung erforderliche Möglichkeit der Untersuchung des Vertragsobjektes auf seine Beschaffenheit notwendiger Weise noch nicht gegeben.[105])

Scharf zu trenen von der Ablieferung ist des weitern die Erfüllung. Letztere liegt schon vor, „wenn der Verkäufer seinerseits alles getan hat, was ihm nach dem Vertrag obliegt, also insbesondere bei Uebersendungskäufen, bei welchen der Transport auf Gefahr und Rech-

[105]) Vgl. Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note II 3 (S. 271); I. W Jahrg. 1900 S. 829 Nr. 8.

nung des Käufers erfolgt, die Ware dem Frachtführer ausgefolgt hat".[105a]) (vgl. § 447 B.G.B.)

Die Ablieferung muss nun für den Fall, dass den Käufer das eventuelle Präjudiz der Genehmigung von Mängeln der Ware treffen soll, nicht nur begonnen, sondern auch vollendet sein. Ist es also bei einer lediglich versuchten Ablieferung geblieben, so ist dieser Umstand bei der Frage nach der eventuellen Begründung einer Rügepflicht rechtlich nicht ausreichend. Die sich hier ergebende Frage, wann eine Vollendung der Ablieferung als erfolgt anzusehen sei, ist der dargestellten Begriffsbestimmung der Ablieferung zu entnehmen. Wann im einzelnen dieser Zeitpunkt genau vorliegt, ist bei der Mannigfaltigkeit der heutigen Verkehrsverhältnisse und bei der Verschiedenheit der Ware unmöglich in eine allgemeine Regel zu bringen. Die aufgeworfene Frage wird sich lediglich nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles mit Bestimmtheit beantworten lassen.

Auf eins ist jedoch besonders hinzuweisen. Erfolgt die Lieferung der Ware, welche gemäss ausdrücklicher oder selbstverständlicher Vertragsabmachung auf einmal abzuliefern ist, seitens des Verkäufers aus Gründen geschäftlicher Zweckmässigkeit oder aus Bequemlichkeit[106]) in einzelnen, kurz hintereinander folgenden Teillieferungen, so kann dem Käufer ein Rechtsnachteil dadurch nicht erwachsen, dass er vor der Lieferung der ganzen Ware nach „Ablieferung" einer oder mehrerer Teilleistungen eine Rüge wegen schlechter Beschaffenheit einer oder mehrerer Teillieferungen, nicht bewirkt hat. Es sind die kurz nacheinander zum Abgang gebrachten Teillieferungen rechtlich als eine Ablieferung zu konstruieren, sodass erst nach erfolgter Ablieferung der letzten Teillieferung die

105 a) Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note II 3 (S. 270); vgl. R. O. H. G. Bd. 11, S. 66.

106) Staub, a. a. O., zu § 377 Anm. Nr. 140.

Pflicht zur Rüge für den Käufer zu laufen beginnt.[107]) An sich wäre der Käufer sogar berechtigt, die Annahme nicht vereinbarter Teilleistungen zu verweigern. (Vgl. § 266 B.G.B.) Wird jedoch andererseits vereinbarungsgemäss die Sendung der Ware in Teilbeträgen bewirkt, wie das der Fall ist bei den sogenannten Successivlieferungsverträgen, so ist der Käufer nach Vollendung der jedesmaligen Ablieferung einer Teilleistung zur Vornahme der Rüge verpflichtet, indem nämlich die einzelne Leistung „vom Verkäufer als selbständiger Erfüllungsakt gewollt und dem Käufer als solcher erkennbar war."[108])

Das neue Handelsgesetzbuch hat bekanntlich Distanz- und Platzgeschäfte beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen in gleicher Weise der Rügepflicht unterworfen. Letzterer Art von Geschäften sind nun hinsichtlich der Frage erfolgter Ablieferung des Vertragsobjektes hier noch einige besondere Worte zu widmen. Da nämlich bei solchen Geschäften regelmässig eine Uebersendung der Ware an den Käufer nicht erfolgt, so liegt in diesen Fällen des persönlichen Gegenübertretens von Verkäufer und Käufer die Ablieferung in dem Zeitpunkt vor, in welchem die Ware seitens des Verkäufers an den Käufer ausgeantwortet und von letzterem entgegengenommen wird. Soll die Zusendung der Ware jedoch seitens des Verkäufers an demselben Orte ins Haus des Käufers erfolgen, so sind für diese Fälle bei Beantwortung der Frage, wann die Ablieferung vollendet ist, die oben dargestellten, für Distanzgeschäfte allgemein geltenden Gesichtspunkte massgebend. Wird endlich beim Verkauf einer Ware ein constitutum possessorium (vgl. § 930 B. G.B.) vereinbart, so gilt das constitutum possessorium

107) Vgl. I. W. Jahrg. 1899, S. 146 Nr. 22.

108) Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note II 3 b (S. 272). Vgl. auch Staub, a. a. O., zu § 377 Anm. 140; I. W. Jahrg. 1899, S. 146, Nr. 22; R. G. Bd. 3, S. 101, Bd. 65, S. 53 ff.

als Ablieferung im rechtlichen Sinne. Denn der Käufer ist dabei in derselben Lage, als ob die Ware mit seinem Einverständnis einer dritten Person zur Aufbewahrung übergeben und von dieser zu seiner Verfügung gestellt wäre.[109])

Die Abnahme der Ware kann nun naturgemäss nur an demjenigen Orte erfolgen, an welchem der Vollzug ihrer Ablieferung tatsächlich geschieht, also an dem Ablieferungsorte. In der Regel wird die Ware an diesem auch ihren Bestimmungsort erreicht haben .Aber ein Zusammenfallen beider ist unter allen Umständen nicht erforderlich. So kann die Ware von dem Verkäufer unter Zustimmung des Käufers an einem Zwischenorte abgeliefert sein, ohne ihren Bestimmungsort erreicht zu haben.[110]) Dann ist ersterer derjenige Platz, an welchem die Untersuchung zwecks Erstattung einer eventuellen Rüge stattzufinden hat.

Anders dagegen, wenn die Ware nach dem erklärten Willen der Vertragsparteien oder aber nach einem ordnungsmässigen Geschäftsgang nur zwecks Weiterversendung an den von dem Ablieferungsort verschiedenen Geschäftssitz des Käufers abgeliefert wird,[111]) insbesondere also in einem Falle, in dem an dem Orte des Geschäftssitzes eine vereinbarte oder nach Lage des Falles an dem Ablieferungsorte nicht zu ermöglichende Prüfung und Begutachtung der Ware durch Sachverständige[112]) erfolgen soll, die nach der Beschaffenheit der Ware zwecks Aufdeckung etwaiger Mängel erforderlich ist. Das wird z.B. dann der Fall sein, wenn nur eine chemische Untersuchung der Ware etwa vorhandene Fehler zum Vorschein bringen kann und die Vornahme einer solchen

109) R. G. Bd. 33, S. 25 f.
110) Vgl. dazu auch I. W. Jahrg. 1899, S. 542, Nr. 35, S. 772 Nr. 15.
111) Vgl. dazu auch Bolze, a. a. O., Bd. 14, Nr. 430.
112) sogenanntes Arbitrageverfahren.

Prüfung am Ablieferungsorte nicht möglich ist.[113]) In derartigen Fällen besteht die Pflicht des Käufers zur Rüge nicht etwa schon von dem Zeitpunkte der Aushändigung der Ware am Ablieferungsort ab.

Beabsichtigt aber der Käufer, die Ware an einen von dem Ablieferungsorte verschiedenen Platz gleich weiter zu senden, etwa in Erfüllung eines unabhängigen selbständigen Vertrages, so trifft ihn dennoch die Pflicht, an dem Ablieferungsorte eine Untersuchung vorzunehmen, selbst in dem Falle ,dass der Verkäufer seine Absicht kennt, insofern ihn später beim Vorliegen von damals erkennbaren Mängeln das Präjudiz der Genehmigung in diesem Umfange trifft. Schliesst der Käufer mit dem mit der Ablieferung seitens des Verkäufers beauftragten Frachtführer einen neuen Vertrag, wonach letzterer, ohne dem Käufer den unmittelbaren Besitz an der Ware zu verschaffen, das Gut entweder in Verwahrung behalten oder aber kraft eines neuen Transportvertrages gleich weiter befördern soll, so gilt mit dem Abschluss eines solchen neuen Vertrages die Pflicht der Ablieferung durch den Verkäufer als erfüllt. Denn es kann unmöglich dem Käufer freistehn, durch solche neuen Verträge den Zeitpunkt der Ablieferung in für ihn günstigem Sinne hinauszuschieben.[114]) Spätestens in dem Zeitpunkte des Abschlusses des neuen Vertrages ist der mittelbare Besitz auf den Käufer übergegangen, für ihn dann die Möglichkeit zur Herbeiführung einer Untersuchung und damit die Pflicht zur Rüge gegeben. Der Umstand, dass die Ware in Originalverpackung weiter veräussert werden soll, dürfte an sich m.E. das Unterlassen ei-

113) Vgl. Staub, a. a. O., zu § 377 Anm. Nr. 21.
114) Vgl. ebenso Hanausek, a. a. O., II S. 32 f; Lehmann-R., a. a. O., zu § 377 Anm. Nr. 27.

ner Untersuchung bezw. das Unterlassen einer Rüge im Falle tatsächlicher Mangelhaftigkeit der Ware grundsätzlich nicht rechtfertigen[115]). Man wird vielmehr in solchem Falle die Prüfung der Ware durch Oeffnung der Originalverpackung oder Beseitigung der Originalaufmachung an einzelnen Paketen fordern müssen, solange der entstehende Nachteil im Verhältnis zu der Grösse der Lieferung als ein geringfügiger erscheint[116]). Beim Befunde guter Beschaffenheit des Inhalts der geöffneten Pakete wird dann aber auch bei zufällig gänzlichem Verderb des Inhaltes der übrigen Pakete die Gewährleistung des Verkäufers rechtlich erhalten.

Festzuhalten ist, dass in Fällen, in denen kraft Vertragsabrede die Pflicht zur Rüge erst an dem vom Ablieferungsorte verschiedenen Bestimmungsort beginnt, letzterer rechtlich nicht etwa als Ablieferungsort zu konstruieren ist.[117]) Da die Ablieferung ein tatsächlicher Vorgang ist, kann sie durch Vereinbarung der Parteien nicht an einen andern Ort verlegt werden, als den, wo sie sich in der Tat vollzogen hat. Vereinbart werden kann daher eben nur der Ort der Untersuchung.

Mit dem Ablieferungsort und dem Bestimmungsort ist des weiteren der Erfüllungsort keineswegs identisch, da der Verkäufer in der Regel an seinem Wohnsitze bezw. an dem Orte seiner gewerblichen Niederlassung im Sinne des Gesetzes erfüllt. (Vgl. § 269 Abs. 1· und 3 B.G.B.)[118]) Trotz der Uebernahme einer Uebersendungspflicht genügt der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht an

115) Zustimmend R. G. Bd. 57, S. 9 ff.
116) Vgl. ausser der eben angeführten Entscheidung des R. G. Bolze, a. a. O., Bd. 22 Nr. 446; O., L. G. Bd. 7, S. 388; Düringer-H., a. a. O., zu § 377, Note III 2 e.
117) Vgl. Seuffert, a. a. O., Bd. 55, S. 50 ff; I. W. Jahrg. 1899, S. 542, Nr. 35.
118) Siehe auch Staub, a. a. O., zu § 377 Anm. 21.

seinem Wohnort bezw. an dem Orte seiner gewerblichen Niederlassung.[119]) In solchem Falle hat der Ablieferungsort lediglich die Bedeutung des Erfüllungsortes für die Abnahme u.s.w. der Ware.[120]) Dadurch wird jedoch die Möglichkeit überhaupt nicht ausgeschlossen, dass Erfüllungsort, Ablieferungsort und Bestimmungsort zusammenfallen können. Die Frage gerade nach dem Erfüllungsort ist für die Frage des Gefahrüberganges (§ 447 B.G.B.), für das Entstehen des Verzuges, für die Frage nach dem Gerichtsstand (§ 29 C.P.O.) und nach dem zur Anwendung kommenden Recht (internationales Privatrecht) von grösster Bedeutung.[121])[122])

Da man unter Vertragsort nur den Ort verstehen kann, an welchem der Vertragsschluss erfolgt, der Vertrag also zustandegekommen ist, so kann man naturgemäss folgerichtig unmöglich von einer notwendigen Identität dieses Begriffes und irgend eines der dargelegten Begriffe reden.

Falls nun eine Lieferung seitens des Verkäufers überhaupt nicht erfolgt, so kann natürlicher Weise eine Pflicht zur Rüge dem Käufer auch nicht erwachsen. Und das selbst dann nicht, wenn die Ablieferung des Vertragsobjektes infolge grundloser Verhinderung durch den Käufer gescheitert ist. Wie wir schon sahen, ist unbedingtes Erfordernis dazu die Vollendung der Ablieferung. Wenn nun den Gläubiger (Käufer) bei der Erfüllung der Leistungsverpflichtung durch den Schuldner ein Ver-

[119]) Vgl. dazu R. G. Bd. 1, S. 283; Bd. 3, S. 111; auch Staub, a. a. O., im Exkurs zu § 372, Anm. 6; I. W. Jahrg. 1904, S. 46 Nr. 16.

[120]) Vgl. R. G. in Seuffert, a. a. O. Bd. 55, S. 337.

[121]) Vgl. dazu des näheren Staub, a. a. O., im Exkurs zu § 372 Anm. 5.

[122]) Welche rechtlichen Konsequenzen sich im einzelnen hier ergeben können, ist Gegenstand einer interessanten, aber über den Rahmen unserer Abhandlung hinausgehenden Studie.

schulden trifft, welches letzterem die tatsächliche Möglichkeit der Ausführung seiner Vertragspflicht nimmt, so ist die Folge dieses Verschuldens des Käufers seine Verhaftung aus der Lehre vom Gläubigerverzuge. (Vgl. §§ 373, 374. H. G. B.; §§ 293 ff. B.G.B.) Es kann in solchem Falle unmöglich eine Fiktion der Genehmigung etwaiger Sachmängel aus dem Bestehen des nach einer andern Richtung vorliegenden schuldhaften Verhaltens des Käufers gefolgert werden, umsoweniger, als bei einer Nichtlieferung die Möglichkeit, eine Untersuchung vorzunehmen, ja überhaupt nicht bestanden hat.

Einer nähern Erörterung in Bezug auf die Möglichkeit des eventuellen Bestehens einer Rügepflicht für den Käufer bedarf nunmehr noch der Fall verzögerter Ablieferung seitens des Verkäufes.

Die Möglichkeit einer verzögerten Lieferung ist entweder gegeben infolge eines Verschuldens des Käufers oder infolge eines von dem Verkäufer zu vertretenden Umstandes oder aber endlich in dem Falle, dass keiner Vertragspartei ein Verschulden zu Last fällt.

Liegt das Verschulden an der Tatsache verspäteter Ablieferung auf Seite des Käufers, so wird dieser dem Verkäufer für den durch sein schuldhaftes Verhalten letzterem entstandenen Verzugsschaden haftbar. Die Pflicht zur Rüge beginnt für den Fall mangelhafter Beschaffenheit der Vertragssache aber erst mit dem Zeitpunkte, wo die Ablieferung der Ware vollendet ist. Man darf den Beginn der Rügeverpflichtung nicht etwa auf den Zeitpunkt der vertragsgemäss rechtzeitigen Ablieferung, also auf einen Zeitpunkt zurückführen, an dem eine Untersuchung der Ware auf ihre Beschaffenheit objektiv nicht möglich war. Oder, anders ausgedrückt, „es kann

nicht eine in einem früheren Zeitpunkt erfolgte Ablieferung fingiert und die Rechtzeitigkeit der Monitur nach diesem Zeitpunkte beurteilt werden".[123]) Das ist von der Rechtsprechung auch stets anerkannt und gleichförmig gehandhabt worden.[124]) Ist andererseits die Lieferung infolge eines von dem Verkäufer zu vertretenden Umstandes nicht rechtzeitig erfolgt, so treffen diesen die Folgen aus der Lehre vom Schuldnerverzug. Zu einer Vollendung der Ablieferung wird es in solchem Falle überhaupt nur dann kommen, wenn der Käufer an der verspäteten Lieferung noch Interesse hat. (Vgl. § 286 Abs. 2 B.G.B.) Denn die zu einer rechtsgültigen Ablieferung notwendigen Erfordernisse des Wissens und Wollens des Käufers mit Bezug auf die Ablieferung werden andernfalls vernunftgemäss nicht mehr vorhandensein. Angenommen nun, der Käufer hätte an der verspäteten Lieferung noch Interesse, so ist es selbstverständlich, dass der Beginn einer Rügepflicht erst von dem Momente der nunmehr vollendeten Ablieferung ab möglich sein kann. Einmal fehlt auch hier bis zu diesem Zeitpunkte objektiv die Möglichkeit zur Untersuchung, sodann kann aus dem schuldhaften Verhalten des Verkäufers eine Folgerung nicht gezogen werden, die dem andern Vertragsteile u. U. ungerechte Nachteile bringen könnte. Wollte man schliesslich bei einer verzögerten Ablieferung für den Fall, dass keine Vertragsseite an der Verspätung ein Verschulden trifft, eine Zurückverschiebung des Beginnes der Rügepflicht auf die vertragsgemäss rechtzeitige Ablieferungszeit statuieren, so müsste man auch einen solchen Versuch an sich als ein Unding bezeichnen.

---

123) I. W. Jahrg. 1896, S. 437, Nr. 21.

124) Vgl. z. B. R. O. H. G. Bd. 24, S. 29; R. G. Bd. 5, S. 30; auch Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note II 3 c.

§ 14.

Wir unterstellten unserer Untersuchung nach den zu erfüllenden Voraussetzungen der modernen kaufmännischen Rügepflicht bisher als selbstverständlich die Notwendigkeit der Tatsache der Mangelhaftigkeit des Erfüllungsobjektes für den Fall, dass Käufer bezw. Verkäufer die aggressiven Rechte oder den Schutz für sich in Anspruch nehmen wollen, welche aus §§ 377 ff. H. G.B. herzuleiten sind. Nicht, als ob dies jetzt widerrufen werden sollte; im Gegenteil, dem, was uns selbstverständlich erschien, sollen nur noch einige wenige Worte der nähern Erläuterung hinzugefügt werden.

Vorangestellt sei, dass die Frage, ob eine Ware Mängel hat, praktisch naturgemäss erst dann bedeutungsvoll wird, wenn der Käufer dieselben nach Abschluss des Vertrages geltend machen will.

Wir haben bereits den prinzipiellen Unterschied zwischen offenen und heimlichen Mängeln kennen gelernt. Unter ersteren haben wir bei der Frage nach der Verpflichtung des Käufers zur Rüge solche Fehler des Erfüllungsobjektes an sich zu verstehen, welche nach dessen vollendeter Ablieferung bei Anwendung gehöriger Sorgfalt durch Untersuchung entdeckt werden müssen, während letztere selbst bei Beobachtung dieses Grades von Sorgfalt in dem angegebenen Zeitpunkte nicht schon entdeckt werden können. Absichtlich wird hier hervorgehoben, dass es sich um Fehler in der Beschaffenheit des Vertragsobjektes, d.h. um solche Mängel handeln muss, die in den Eigenschaften der gelieferten Sache selbst, in dem Leistungsgegenstande an sich liegen. Also um sogenannte Qualitätsmängel; aber andererseits prinzipiell wiederum nur um solche. Nicht betroffen sind von der Rügevorschrift solche Mängel, welche in der Erfüllungshandlung an sich begründet erscheinen. Um letz-

tere festzustellen, bedarf es nämlich in der Regel einer Untersuchung der Ware nicht. Eine solche aber fordert das Gesetz im § 377 Abs. 1. im Interesse des Käufers als grundlegend für eine rechtgemässe Rüge. Auch hat der Gesetzgeber, was aus dem zwischen Untersuchung der Ware und Entdeckung eines Mangels im Gesetzestexte bestehenden engen Zusammenhang zu schliessen ist, nur Mängel der Ware selbst bei der Statuierung der Vorschrift des § 377 H.G.B. im Auge gehabt. Zudem lässt die Fassung des § 378 H.G.B. den gleichen Schluss zu. Indem hier die Anwendung des § 377 auch für den Fall vorgesehen wird, dass „eine andere als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert ist", wird als Tatbestandsmerkmal des § 377 doch untrüglich eine vorhandene Mangelhaftigkeit der Sache selbst subsumiert.

Liegen also Mängel in der dargelegten Richtung nicht vor, sondern handelt es sich um eine fehlerhafte Erfüllung des Vertrages nach einer andern Seite, also etwa um eine Differenz über die Höhe des vereinbarten Preises oder um eine solche über Ort und Zeit der Leistung, oder ist die Lieferung überhaupt nicht erfolgt, weil etwa die Kiste oder der Ballen, in denen die Ware enthalten sein soll, leer ist,[125]) oder weil der Wein aus dem Fasse unterwegs ausgelaufen ist[126],) so unterstehen derartige Fälle nicht den Vorschriften von der Rügepflicht im Sinne des § 377 H.G.B.

Hat man demnach prinzipiell nur Qualitätsmängel als die Rügeverpflichtung begründend anzuerkennen, so hat das Handelsgesetzbuch selbst im § 378 eine wichtige Ausnahme von dieser Regel geschaffen ,indem es unter Umständen auch Quantitätsmängel von ihr betroffen wissen

125) Vgl. Lehmann-R., a. ä. O. zu § 377 Anm. Nr. 12.
126) Wgl. Busch, a. a. O., Bd. 17, S. 288.

will. Die Möglichkeit, dass ein Quantitätsmangel sich zugleich als Qualitätsmangel darstellen kann,[127]) ist für die Frage nach dem Entstehen einer Rügeverpflichtung überhaupt beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen rechtlich nicht von Bedeutung.

Was man nun unter „Mangel der Ware", wie sich § 377 H.G.B. schlechthin ausdrückt, im einzelnen zu verstehen hat, darüber gibt das Handelsgesetzbuch selbst keinen Aufschluss. Wir sind deshalb wiederum gezwungen, die Materie des Bürgerlichen Gesetzbuches ergänzend in dieser Frage heranziehen zu müssen. Was letzteres als Mangel der Kaufsache[128]) ansieht, haben wir, allerdings in anderem Zusammenhange, im ersten Teile der Abhandlung des näheren schon erörtert.[129]) Wir können uns damit begnügen, im allgemeinen auf unsere dortigen Ausführungen hinzuweisen.

Nur eines ist hier besonders zu betonen. In Betracht können für die Frage des Erfordernisses der Rüge von nicht sofort erkennbaren Mängeln nur solche kommen, die dem Käufer beim Kaufabschluss nicht bekannt und infolge grober Fahrlässigkeit auch nicht unbekannt geblieben sind, sofern letzteren Falles der Verkäufer die Abwesenheit des Mangels nicht ausdrücklich zugesagt oder sein Vorhandensein arglistiger Weise nicht verschwiegen hat. (Vgl. § 460 B.G.B.) Andernfalls trifft den Käufer das Präjudiz der Genehmigung der Mangelhaftigkeit der Ware in diesem Falle schon mit dem Kaufabschluss, und ei-

127) Vgl. Näheres darüber, inwiefern ein Quantitätsmangel zugleich Qualitätsmangel sein kann, bei Staub, a. a. O., zu § 377 Anm. 6, Abs. 2. Hier ist auch das Erkennungszeichen dafür angegeben, wann ein Lieferungsposten als untrennbar oder unteilbar anzusehen ist, welches Moment wiederum Staub für das Vorliegen eines Quantitätsmangels, der zugleich Qualitätsmangel ist, entscheidend hält.

128) Die Kaufsache des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist in der hier fraglichen Hinsicht dasselbe wie die Ware des Handelsrechts.

129) Vgl. S. 48 ff. der Abhandlung.

ne, wenn nach der Regel des § 377 H.G.B. sonst auch rechtzeitige und ordnungsgemässe Rüge ist in der fraglichen Hinsicht bedeutungslos.

Hervorzuheben ist auch noch, dass im Falle des Bestehens heimlicher Mängel die Zeit zur Möglichkeit ihrer Geltendmachung keineswegs eine beliebig lange ist. Wird ihr Vorhandensein erst nach Ablauf einer Verjährungsfrist von sechs Monaten, von der Ablieferung ab gerechnet, erkannt, und hat der Verkäufer die fraglichen Mängel auch nicht arglistig verschwiegen, so kann eine nach dieser Frist wenn auch ordnungsgemäss bewirkte Rüge eine rechtliche Bedeutung nicht beanspruchen, insofern sie zur Gewährleistung seitens des Verkäufers nicht mehr führt. (Vgl. § 477 Abs. 1. B.G.B.) Hat jedoch wiederum andererseits der Käufer innerhalb der sechsmonatlichen Frist eine Rüge bewirkt, so kann er auch stets nachher die Mangelhaftigkeit der Ware hinsichtlich der gerügten Fehlerhaftigkeit dem Verkäufer gegenüber einredeweise geltend machen, selbst wenn die Mängelanzeige entsprechend § 377 H.G.B. als verspätet erfolgt zu betrachten ist.

Denn der § 377 H.G.B. hebt die Bestimmungen der §§ 459 bis 480 B.G.B. nicht auf, sondern fügt lediglich eine weitere Schranke zu den vom Bürgerlichen Gesetzbuche selbst gegenüber dem Grundprinzip der Mängelhaftung (§ 459 B.G.B.) gemachten Ausnahmebestimmungen.[130]).

Eng verquickt mit der Frage, wann ein Mangel des Vertragsobjektes vorliegt, ist natürlicher Weise im einzelnen Falle die andere Frage, was für Ware vertrags- oder gewohnheitsgemäss zu liefern ist. Man kann letztere als die Kardinalfrage für das Mängelgewährleistungsproblem bezeichnen.

[130]) Vgl. auch Lehmann-R., a. a. O., zu § 377, Anm. Nr. 1 und 2.

Beschaffenheit und Güte der zu liefernden Ware richten sich in erster Linie nach dem zu Grunde liegenden Vertrag. Ob nun infolge ausdrücklicher Ausmachung oder in Gemässheit eines, zwar nicht besonders festgelegten, aber doch erkennbaren Parteiwillens (vgl. §§ 157 B.G.B. und speciell 346 H.G.B.) Ware einer ganz bestimmten Qualität zu liefern ist, bleibt in der Bedeutung dasselbe. Ist jedoch dem Vertrage ein Anhalt nach dieser Richtung nicht entnehmbar, so ist zu unterscheiden, ob eine Species- oder Genussache Gegenstand der Lieferung sein soll. Ersteren Falles ist für die Art der Leistung § 242 B. G.B. entscheidend, letzteren Falles richtet sich dieselbe nach § 360 H.G.B., wonach der Verkäufer alsdann „Handelsgut von mittlerer Art und Güte" zu liefern hat.

Wir haben hier auch die Frage einer Erörterung zu unterziehen, ob bei nur teilweiser Mangelhaftigkeit der Gesamtleistung die ganze Sendung seitens des Käufers zurückgewiesen werden kann. In der Regel wird das nicht der Fall sein. Der Käufer wird diese Berechtigung vielmehr nur dann haben, einmal wenn der bemängelte Teil der Lieferung als Hauptsache im Verhältnis zu dem übrigen Teil der Leistung anzusehen ist, letzterer sich also als Nebensache darstellt, sodann, wenn nach der Natur der Sache die Gesamtlieferung ein einheitliches Ganze bildet, wobei also die Trennung einzelner Stücke auch den Wert der Sachgesamtheit herabsetzen und somit wirtschaftliche Verluste dem Käufer bringen würde.[131])

§ 15.

Die Erwägung, dass es ungerecht wäre und einem gesunden Rechtsempfinden nicht entsprechen kann, wollte

[131]) Beispiele solcher Fälle siehe bei Staub, a. a. O., zu § 377 Anm. 144.

man die zu Gunsten des Verkäufers geschaffene Rügeverpflichtung mit dem an ihre Unterlassung für den Käufer geknüpften Präjudiz der Genehmigung der Mangelhaftigkeit der Ware auch Platz greifen lassen, wenn der Verkäufer bei Abschluss oder bei Ausführung[132] des Vertrages in betrügerischer Absicht dem Käufer eine Fehlerhaftigkeit der Sache verschwiegen hat in der Berechnung, letzterer werde dieselbe nicht bemerken, daher eine rechtzeitige Mängelanzeige nicht bewirken und so die vertragswidrige Beschaffenheit der Ware genehmigen,[133] hat den Gesetzgeber zu der ausdrücklichen Aufnahme einer Bestimmung dahin veranlasst, dass „der Verkäufer, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat, sich auf die Vorschriften des § 377 H.G.B. nicht berufen kann". (§ 377 Abs. 5. H.G.B.[134]) Das Verschweigen muss also ein rechtswidriges und namentlich im Handelsverkehr ein solches sein, dass es eines anständigen Kaufmannes unwürdig erscheint.[135]

Wie bereits hervorgehoben, enthält die letzterwähnte Bestimmung des § 377 Abs. 5. H.G.B. aus der Natur ihres Inhalts heraus ius cogens gegenüber den dispositiven Vorschriften des § 377 Abs. 1. bis 4 H.G.B. Solange dem Verkäufer ein arglistiges Verschweigen nicht zur Last fällt, ist die Möglichkeit zu abweichenden Vereinbarungen gegenüber § 377 H.G.B. also ganz allgemein gegeben. Solche Abweichungen können sowohl ausdrücklich vertraglich zwischen Verkäufer und Käufer getroffen,

132) Vgl. dazu R. O. H. G. Bd 2, S. 191.

133) Vgl. R. O. H. G. Bd. 4, S. 186; Bd. 5, S. 323; Bd. 15, S. 216; R. G. Bd. 1, S. 300.

134) Das A. D. H. G. B. weicht von der heutigen Ausdrucksweise hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen" im Art. 350 insofern ab, als es sagt, die Vorschriften ..... können von dem Verkäufer im Falle eines Betruges" nicht geltend gemacht werden.

135) Vgl. R. O. H. G. Bd. 4, S. 319.

als auch stillschweigend erfolgt sein.[136]) Wann letzteres im einzelnen der Fall ist, kann in eine allgemeine Regel unmöglicher Weise gebracht werden; ja es dürfte bei der Entscheidung im konkreten Falle grösste Vorsicht gerade in dieser Hinsicht geboten sein.

§ 16.

Unsere Untersuchung nach den gesetzlich notwendigen Voraussetzungen, die zur Begründung einer Mängelanzeigepflicht überhaupt führen sollen und können, ist erschöpft. Fassen wir die Vorbedingungen wiederholend hier zusammen, so sehen wir: Es muss ein Kauf zu Grunde liegen — auch gewisse kaufähnliche Geschäfte sind dahin zu rechnen —, der zudem rechtlich ein beiderseitiger Handelskauf sein muss, dessen Kaufobjekt mit physischen Mängeln behaftet sein muss.

Wir sind somit streng genommen am Ende der uns gestellten Aufgabe angelangt. Denn Fragen, innerhalb welcher Zeit die Rüge zu bewirken ist, welche Form und welchen Inhalt sie haben muss, gehen an sich über den Rahmen unserer Aufgabe hinaus. Lediglich dann, wenn man die Untersuchung als rechtliches Erfordernis einer gültigen Rüge unter allen Umständen zu fordern berechtigt wäre, hätten wir ferner die Frage, innerhalb welcher Zeit und in welchem Umfange die Untersuchung vorzunehmen ist, bei der Erörterung der Voraussetzungen der Rügepflicht einer nähern Betrachtung zu unterwerfen, um den Schluss ziehen zu können, ob die Untersuchung überhaupt rechtzeitig und ordnungsgemäss erfolgt sei. Denn nur dann, wenn letzteres gesetzliches Erfordernis wäre, könnte man von einer Voraussetzung der Rügepflicht im strengen Sinne sprechen. Des bessern Verständnisses halber ist allerdings bei der Darstellung der Voraussetzungen zur Rüge eine vollkommene Ausschaltung dieser Frage nicht immer möglich gewesen.

[136]) Vgl. R. O. H. G. Bd. 24, S. 291.

Anhang.

Damit nun aber in etwa ein Bild von der Rüge selbst gewonnen werde, sei es gestattet, einen Ausblick zunächst auf Inhalt, Form und Zeit der Mängelanzeige zu geben, um daran anschliessend der Vollständigkeit halber auch auf die Rechtsfolgen der erstatteten und der unterlassenen Rüge hinzuweisen. Wir wollen uns aber darauf beschränken, nur das Notwendigste hervorzuheben.

§ 17.

Die Mängelanzeige ist, vom praktischen Standpunkte aus betrachtet, die Weigerung der Annahme der Kaufsache bezw. des Behaltens derselben seitens des Käufers in ihrem Zustande zur Zeit der Ablieferung derselben entweder überhaupt oder gegen Bewirkung der im Vertrage festgesetzten Gegenleistung, vom juristischen Standpunkte aus eine unter Beobachtung der im § 377 H.G.B. aufgestellten Bedingungen abgegebene Erklärung des Käufers an den Verkäufer, welche zur Herbeiführung der Gewährleistung seitens des letzteren wiederum gesetzliche Vorbedingung ist. Sie ist eine einseitige Willenserklärung des Käufers, bestehend lediglich in einer Anzeige der Mangelhaftigkeit der Kaufsache. Zu erstatten ist sie entweder von dem Käufer selbst oder von einer zur Vertretung des Käufers berechtigten Person. Gerichtet muss sie sein an den Verkäufer oder an dessen Prokuristen bezw. an den zum Betriebe des Handelsgewerbes des Verkäufers bestellten Handlungsbevollmächtigten. Der Käufer wahrt seine Rechte schon durch die fristgemässe Absendung der Anzeige. (§ 377 Abs. 4. H.G.B.)

Inhaltlich darf die Mängelanzeige den Verkäufer einmal nicht darüber im Unklaren lassen, dass der Käufer nicht willens ist, die gelieferte Sache in dem Zustande

ihrer Beschaffenheit zur Zeit der Ablieferung als rechtgemässe Erfüllung des Vertrages zu genehmigen, dass er also nicht gewillt ist anzuerkennen, dass der Verkäufer das getan hat, was ihm nach Vertrag oder Gesetz oblag; darüber hinaus muss sie sodann den Verkäufer auch die Art und den Umfang der gerügten Mangelhaftigkeit erkennen lassen, damit dieser sich ein Bild davon machen kann, worin die von dem Käufer behauptete Vertrags- oder Gesetzwidrigkeit bestehe. Damit soll aber nicht gesagt sein, dass die Rüge genauere Einzelheiten hinsichtlich der beanstandeten Beschaffenheit enthalten müsse.[1]) Es ist desweitern auch nicht erforderlich, dass der Käufer schon mit der Rüge erklärt, welcherlei Ansprüche er geltend machen will. Darin ist vielmehr die aus der Mängelrüge folgende Berechtigung des Käufers zu erblicken ,deren Ausübung mit der Anzeige zeitlich keineswegs zusammenzufallen braucht. Mitteilungen seitens des Käufers an den Verkäufer dergestalt, dass Käufer sich in Zukunft nicht mehr eine Lieferung solch schlechter Ware, wie die übersandte es sei, gefallen lassen werde, selbst wenn die Mangelhaftigkeit genauer bezeichnet ist, oder dass Käufer mit der Lieferung durchaus unzufrieden sei, können den Rechtscharakter einer Rüge entsprechend § 377 H.G.B. nicht für sich in Anspruch nehmen.[2]) Ebensowenig ist das der Fall, wenn der Käufer dem Verkäufer lediglich mitteilt, dass ein Dritter, dem er die Ware weiter verkauft habe, dieselbe beanstande. Es muss vielmehr für den Verkäufer die Möglichkeit hinzu kommen, der Rüge des Käufers entnehmen zu können, um welche Mängel es sich handelt, und

1) Vgl. zustimmend R. O. H. G. Bd. 14, S. 68, R. G. Bd. 47, S. 14; auch I. W. Jahrg. 1896, S. 106, Nr. 22.
2) Vgl. R. O. H. G. Bd. 5, S. 261, Bd. 10, S. 269; I. W. Jahrg. 1897, Nr. 26, S. 193.

dass der Käufer selbst dem Verkäufer gegenüber das Vorhandensein der fraglichen Mängel behauptet.[3]) Es ist hervorzuheben, dass hierbei eine dem Vertrage voraufgegangene Korrespondenz zwischen Verkäufer und Käufer oder die Tatsache der vorherigen Uebersendung einer Probe an den Käufer bei der Beurteilung der Frage bedeutungsvoll sein kann, ob für den Verkäufer die Möglichkeit des Erkennens der gerügten Fehlerhaftigkeit bestanden habe, und ob er bemerken konnte, dass Käufer tatsächlich diese Mangelhaftigkeit rügen will. Man muss sich bei der Beurteilung der Frage, ob die erstattete Anzeige inhaltlich genügt, stets den Zweck der Mängelrüge, die ratio legis also, vor Augen halten. Es soll doch durch die Mängelanzeige der Verkäufer in den Stand gesetzt werden, ermessen zu können, ob ihm die erstattete Rüge ihrem Inhalte nach gerechtfertigt erscheint, um bejahenden Falles dem Käufer unter Berücksichtigung der Mangelhaftigkeit geeignete Vorschläge machen, nicht zutreffenden Falles dagegen sich den Beweis sichern zu können, dass er vertrags- oder gesetzmässige Qualität geliefert habe.

Formell ist im allgemeinen jede Rüge gültig, die den inhaltlich dargestellten Vorbedingungen genügt. Und zwar aus dem einfachen Grunde, weil das Gesetz eine Vorschrift in dieser Hinsicht überhaupt nicht enthält. Man muss nur voraussetzen können, dass die erstattete Rüge entsprechend der gewählten Art und Weise aller Wahrscheinlichkeit nach richtig in die Hände des Verkäufers gelangen wird.[4]) Als Formmöglichkeiten kommen somit an sich wahlweise für den Käufer in Betracht: unter Anwesenden mündliche Erklärung, unter Abwesenden Erklärung der Rüge mittels Brief, Telegramm oder

[3]) Vgl. I. W. Jahrg. 1902, S. 173, Nr. 39.
[4]) Vgl. dazu Seufferts Archiv, Bd. 55. Nr. 151.

durch Fernsprecher. Eine bestimmte Art der Uebermittlung könnte für den Käufer als Pflicht allerdings durch das Bestehen einer Handelssitte oder bei gewissen Warengattungen, unter Umständen auch bei ungemein grosser Entfernung der gewerblichen Niederlassungen des Verkäufers und des Käufers, insbesondere wenn die Beförderung der Briefpost keine regelmässige oder eine nur seltenere ist, dadurch erwachsen, dass der Käufer durch die Sorgfalt, welche er als ordentlicher Kaufmann auch bei Bewirkung der Mängelanzeige natürlicher Weise zu beobachten hat, gerade zu einer bestimmten Formart, insbesondere zu der telegraphischen verpflichtet würde. Auch dann, wenn die Offerte und deren Annahme auf telegraphischem Wege geschehen sind, dürfte in der Regel auch eine telegraphische Rüge zu fordern sein. M.E. kann nun in einem Falle, in dem gerade die telegraphische Benachrichtigung gefordert werden muss, nur auf die auch in der telegraphischen Anzeige oder auf die nach Lage des Falles spätestens unerheblich nach Ankunft der telegraphische Rüge auch durch Fernsprecher gerügten Mängel bei der Frage der Gewährleistung Rücksicht genommen werden, nicht aber etwa auch auf solche Fehler, welche unter Bezugnahme auf die telegraphische Rüge brieflich mitgeteilt werden. Wenn letzteres richtig wäre, so würde dadurch m.E. nach Lage der konkreten Verhältnisse ja gerade der Zweck der Rüge vereitelt. Im Falle der von dem Käufer gewählten Form der Schriftlichkeit muss der die Rüge enthaltende Brief genügend frankiert sein[5]) und die richtige Aufschrift tragen;[6]) eingeschrieben braucht er aber nicht zu sein.[7]) Gelangt der Verkäufer nicht in den Besitz der Rüge, einmal weil er die Annahme eines unfrankierten Briefes ablehnt, wozu er berechtigt ist, oder

5) Recht, Jahrg. 1903, S. 228.
6) G. Z. Bd. 26, S. 571.
7) R. O. H. G. Bd. 19, S. 153.

weil der Brief ihn wegen ungenügender Adresse garnicht erreicht, so fällt das dem Käufer zur Last. Die gesetzliche Bestimmung des § 377 Abs. 4. H.G.B., wonach dem Verkäufer die Gefahr der Uebersendung der Rüge zufällt, ist dahin zu verstehen, dass Voraussetzung dazu die Absendung der Anzeige seitens des Käufers in ordnungsgemässem Zustande, insbesondere also in einem Zustande ist, der ihre richtige Ankunft erhoffen lässt. Ist andererseits aber die Mitteilung trotz des Vorliegens eines Mangels nach der einen oder andern Richtung in die Hände des Verkäufers gelangt, und es gelingt dem Käufer eventuell das zu beweisen, so dürfte dann eine rechtsgültige Rüge vorliegen.

Zeitlich ist die Mängelrüge unverzüglich nach der Untersuchung und zwar im Hinblick darauf, dass die Untersuchung nicht gesetzliches Erfordernis zur Rüge ist, unverzüglich nach der auf die Ablieferung folgenden Zeit zu bewirken, welche für eine ordentliche Untersuchung der ganzen Kaufsache[8]) im einzelnen Falle unter Berücksichtigung der den ordnungsmässigen Geschäftsgang bestimmenden Verhältnisse und Gewohnheiten desjenigen Ortes erforderlich ist, an dem die Untersuchung stattzufinden hat.[9]) Die Frage, wo der Platz zur Untersuchung im einzelnen ist, brauchen wir hier nicht weiter zu erörtern. Es dürfte genügen, auf das zu verweisen, was gelegentlich der Erörterung der Ablieferung der Wa-

8) Eine Ausnahme hiervon kann allerdings dann entstehen, wenn eine mehrfache, verschiedenartige Untersuchung angezeigt erscheint; die sofort ausführbare Untersuchung und ev. Rüge wegen offensichtlicher Mängel darf wegen der beabsichtigten Vornahme einer umständlicheren und langwierigeren anderweiten Untersuchung nicht verschoben werden. (Vgl. R. G. Bd. 62, S. 258.)

9) Vgl. R. O. H G. Bd. 13. S. 10; Bolze, a. a. O., Bd. 7. Nr. 561; I. W. Jahrg. 1898, S. 16, Nr. 40, 1899, S. 756 Nr. 27; Staub, a. a. O., zu § 377 Anm. 28; Düringer-H., a. a. O., zu § 377 Note IV 1.

re als Voraussetzung zur Rüge in dieser Hinsicht bemerkt wurde. Je nach Art und Umfang des von dem Käufer betriebenen Geschäfts und nach der Beschaffenheit der Ware wird die Bemessung der im einzelnen Falle zwecks Vornahme einer gründlichen Untersuchung notwendigen Frist eine kürzere oder längere sein. Der Begriff des ordnungsmässigen Geschäftsganges richtet sich insbesondere nur nach objektiven Regeln und die Geschäftsübung des einzelnen, die nur auf Zweckmässigkeitsrücksichten sich gründet und nicht auf einem durch die Umstände gebotenen Zwange beruht, vermag eine durch die Umstände nicht aufgedrungene Verzögerung der Untersuchung bezw. der Rüge nicht zu rechtfertigen.[10]) Andererseits ist der Käufer aber auch nicht verpflichtet, die Untersuchung durch Anwendung besonderer Beschleunigungsmittel rascher zu Ende zu führen, als bei einem den sachlichen Zwecken derselben entsprechenden und zeitlich dem Bedürfnis im Regelfalle Genüge leistenden Verfahren zu erreichen ist.[11]) Und das selbst dann nicht, wenn die fraglichen Beschleunigungsmittel im konkreten Falle mit sehr erheblichen Mühewaltungen und Kosten nicht einmal verbunden sind. Hat der Käufer die Mangelhaftigkeit schon vor Ablauf der für die Untersuchung als gegeben zu erachtenden Frist erkannt, so ist er zur Rüge noch immer bis zum Ablauf der jeweiligen Frist berechtigt. Insbesondere kann er an sich bei Kenntnis der Mangelhaftigkeit schon vor der Ablieferung rügen, braucht das aber keineswegs. Mit Rücksicht auf die vom Gesetz gemachte und in seinem Sinne von uns schon gewürdigte Unterscheidung zwischen offenen und heimlichen Mängeln kann man die Behauptung aufstellen, dass die Frist zur Anzeige offener Mängel

[10]) Vgl. J. W. Jahrg. 1899, S. 576, Nr. 15; R. G. Bd. 59, S. 45, 125.

[11]) Vgl. J. W. Jahrg. 1899, S. 756, Nr. 27.

spätestens sicherlich dann abgelaufen ist, wenn die Rüge eines heimlichen Mangels bewirkt wird. Erinnern wir uns, dass das Handelsgesetzbuch unter verborgenen oder heimlichen Mängeln nicht etwa solche verstanden wissen will, welche bei einer nach der Ablieferung stattgehabten Untersuchung nicht erkannt worden sind, sondern nur diejenigen, welche bei sachgemässer Prüfung nicht entdeckt werden konnten, so ist die von uns aufgestellte Behauptung ohne weiteres klar. Offene Mängel müssen zeitlich spätestens mit Abschluss der auf die Ablieferung folgenden ordnungsgemässen Untersuchung gerügt werden, danach beginnt die Möglichkeit zur Anzeige heimlicher Mängel. Werden solche bemerkt, so sind diese nunmehr unverzüglich nach der Entdeckung dem Verkäufer anzuzeigen und zwar auch dann, wenn in Bezug auf die nämliche Kaufsache eine Rüge ganz bestimmten Inhalts wegen offenbarer oder auch wegen heimlicher Mangelhaftigkeit zwar schon stattgefunden, die nunmehr entdeckte Fehlerhaftigkeit aber Mängel ganz anderer Art gezeitigt hat. Dass die Dauer der Frist zur Rüge verborgener Mängel im günstigsten Falle bis zum Ablauf von sechs Monaten, von der Ablieferung der Kaufsache ab gerechnet ,reichen kann, ist im zweiten Teile der Abhandlung schon auseinandergesetzt worden.[12])

Hat der Verkäufer besondere Eigenschaften der Kaufsache zugesagt, so entbindet das den Käufer nicht von einer rechtzeitigen Mängelanzeige, wenn sich das Fehlen solcher Eigenschaften nach der Ablieferung herausstellen sollte.

[12]) Vgl. S. 116.

§ 18.

Es bedarf nunmehr noch einiger Worte über die rechtlichen Folgen zunächst der unterlassenen, sodann der erstatteten Rüge.

Die Rechtsfolge der Versäumung der Mängelanzeige bestimmt das Gesetz im § 377 Abs. 2. H.G.B. selbst. Sie besteht, wie eingangs der Abhandlung schon ausgeführt wurde, darin, dass die Genehmigung des Käufers hinsichtlich der Beschaffenheit der gelieferten Kaufsache — vorausgesetzt natürlich, dass den Verkäufer nach dieser Richtung arglistiges Verschweigen nicht trifft — im Momente des Ablaufs der für die Anzeige jeweils gegebenen Frist fingiert wird. Und zwar wird nicht etwa der Wille des Käufers zu genehmigen, sondern die Tatsache erfolgter Genehmigung fingiert. Dass diese Fiktion eine praesumtio iuris et de iure darstellt, also eine praesumtio, der gegenüber keinerlei Gegenbeweis zulässig ist, wurde ebenfalls schon hervorgehoben.[13]) Ihre Wirkung liegt auf sachenrechtlichem Gebiete. Sie charakterisiert sich als Uebergang des Eigentums an der Kaufsache auf den Käufer. Denn die Kaufsache wurde von dem Eigentümer (Verkäufer) dem Erwerber (Käufer) übergeben, und durch unwiderlegbare gesetzliche Fiktion wird die Einigung der Vertragsparteien über den Eigentumsübergang als vorhanden angesehen.

Ist dagegen die Mängelanzeige seitens des Käufers entsprechend den von uns dargelegten Gesichtspunkten bewirkt worden, so ist damit die Vorbedingung zur Herbeiführung einer Gewährleistung seitens des Verkäufers erfüllt. An sich — darüber muss man sich wohl klar sein— äussert schon die Erstattung der Mängelanzeige keinerlei Wirkungen auf das zwischen Verkäufer und Käufer bestehende Rechtsverhältnis. Sie ist aber von rechtlicher

[13]) Vgl. auch R. G. Bd. 65, S. 54.

Erheblichkeit, weil sie die Vorbedingung zur Gewährleistung des Verkäufers für die bestehende Mangelhaftigkeit ist, ohne deren Erfüllung dem Käufer, wie wir sahen, die wirksame Geltendmachung irgend eines rechtlichen Anspruches nach der fraglichen Richtung versagt ist. Welche Rechte im einzelnen aus der fehlerhaften Beschaffenheit der Kaufsache in Verbindung mit der erstatteten Mängelanzeige sich nun für den Käufer ergeben, darüber ist im Handelsgesetzbuch selbst nichts zu finden. Es sind vielmehr hier die vom Bürgerlichen Gesetzbuche für den Fall mangelhafter Beschaffenheit der gelieferten Ware aufgestellten Rechtsfolgen massgebend. Wir sahen schon im ersten Teile der Abhandlung, dass danach dem Käufer an sich nach seiner freien Wahl das Recht auf Wandelung des Kaufvertrags oder auf Minderung des Kaufpreises zusteht (§ 462 B.G.B.), dass er insbesondere des weiteren beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft und beim Bestehen einer vom Verkäufer arglistig verschwiegenen Mangelhaftigkeit *statt* der Wandelung oder Minderung das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen kann. (§ 463 B.G.B.) In den Fällen, in welchen infolge schuldhaft mangelhafter Lieferung des Verkäufers dem Käufer ein Schaden erwachsen ist, ohne dass es sich um das Fehlen besonders zugesicherter Eigenschaften oder um dolose Verschweigung des Mangels handelt, steht dem Käufer *neben* dem erwähnten Recht, Wandelung oder Minderung zu verlangen, ein Anspruch auf Schadensersatz zu. Ein solcher Anspruch ist gesetzlich begründet in dem § 276 B.G.B.[14]) Ist endlich eine Gattungssache Gegenstand des Vertrages, so ist der Käufer insbesondere auch berech-

[14]) Das ist freilich eine grosse Streitfrage, auf die wir hier näher aber nicht eingehen wollen. Dafür insbesondere: R. G. Bd. 52, S. 18 f., Bd. 53, S. 200; Recht Jahrg. 1902, Nr. 22; Staub, a. a. O., zu § 377 Anm. 91.

tigt, die Lieferung einer mangelfreien Ware an Stelle der fehlerhaften zu verlangen. (§ 480 B.G.B.) Die auf jeden Fall als Folge einer innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach der Ablieferung erstatteten Mängelanzeige eintretende sogenannte Perpetuierung der Mängeleinrede (§ 478 B.G.B.) haben wir bereits kennen gelernt. Hinzuzufügen ist nur, dass der Käufer ausser dem Rechte ,nach Ablauf der genannten Frist die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, insoweit er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde, unter denselben Voraussetzungen auch berechtigt ist, den Anspruch auf Schadensersatz nach der Verjährung aufzurechnen (§ 479 B.G.B.)

Neuerdings hat man auch wieder darüber gestritten, ob der Verkäufer unter Umständen das Recht haben soll, durch Nachbesserung der Ware die von dem Käufer verlangte Wandelung abzuwenden, ob also der Käufer in solchem Falle die Nachbesserung sich gefallen lassen müsse und zur Wandlung nicht berechtigt sein solle. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält eine besondere Vorschrift nach dieser Richtung nicht. Das Reichsgericht[15]) hat in Anlehnung an die §§ 226, 157 und 242 B.G.B., sowie § 346 H.G.B. die Streitfrage praktisch dahin entschieden, dass, wenn die Ausübung des Wandelungsrechtes nur den Zweck haben soll, dem Verkäufer Schaden zuzufügen, oder wenn aus dem nach Treu und Glauben mit Rücksich auf die Verkehrssitte auszulegenden Inhalt des Vertrages die Verpflichtung des Käufers zu folgern ist, die ausgebesserte Leistung gelten zu lassen ,der Verkäufer dann zu einer Nachbesserung der Mangelhaftigkeit berechtigt ist und daher die von dem Käufer verlangte Wandelung abwenden kann .

[15]) Bd. 61, S. 93 f.

Zum Schlusse sei noch hervorgehoben, dass die vom Bürgerlichen Gesetzbuche selbst vorgesehenen und von uns im ersten Teile der Abhandlung (vgl. S. 49f.) gelegentlich der Erörterung der Frage nach dem Bestehen einer Rügepflicht im B. G. B. gewürdigten Ausschliessungsgründe der Mängelgewährleistung auch für das Handelsrecht Geltung behalten, also eine Pflicht des Verkäufers zur Gewährleistung ausschliessen, auch wenn eine rechtzeitige und ordnungsgemässe Mängelrüge von dem Käufer erstattet worden ist.